PUBBLICAZIONI
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO PUBBLICO E DI LEGISLAZIONE SOCIALE
DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA
SERIE II N. 4

DOTT. CARLO LAVAGNA

LA DOTTRINA NAZIONALSOCIALISTA DEL DIRITTO E DELLO STATO

MVLTA PAVCIS AG

MILANO
DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE
1938 - XVI

INDICE-SOMMARIO

INTRODUZIONE

PARTE PRIMA
LA FILOSOFIA GIURIDICA

CAPITOLO I.
IL NUOVO INDIRIZZO

CAPITOLO II.
I CONCETTI FONDAMENTALI

Parte Seconda

LE CORRENTI GIURIDICHE

Capitolo I.

OSSERVAZIONI GENERALI

Capitolo II.

CORRENTE PRAMMATISTA

Capitolo III.

GIERKISCHE RENAISSANCE

CAPITOLO IV.

LA NUOVA DOMMATICA

CONCLUSIONE

INTRODUZIONE

INTRODUZIONE

SOMMARIO: 1. Caratteri e criteri della esposizione. — 2. Sviluppo e posizione storica della *Weltanschauung* nazionalsocialista. — 3. Suo contenuto e caratteri fondamentali. — 4. Sue ripercussioni sulla filosofia giuridica e sulla dottrina dello Stato.

1. Sono noti in Italia, col contenuto politico della Rivoluzione hitleriana, il nuovo assetto del Reich e i suoi indirizzi legislativi. Manca forse, invece, una cognizione panoramica dell'atteggiamento dell'attuale pensiero tedesco di fronte ai fenomeni giuridico e statale: degli effetti, cioè, della rivoluzione nel campo scientifico o, in ogni caso, del rinnovamento ricco di slancio critico e costruttivo verificatisi nella filosofia del diritto e nella dottrina generale dello Stato.

Avremmo, in verità, desiderato fare una esposizione esclusivamente giuridica e riassumere solo da questo lato una dommatica: procedere, in altri termini, ad una rassegna di principi, di sistemi e di interpretazioni di istituti che riuscisse utile ai cultori del diritto costituzionale e del diritto pubblico generale. Ma non ci è stato — nè sarebbe — possibile, perchè la dottrina stessa che ci siamo proposti di studiare mostra, come vedremo, una così profonda permeazione fra categorie politiche, filosofiche e giuridiche da rendere irraggiungibile, almeno per ora, l'isolamento di queste ultime. Abbiamo, di conseguenza, finito col procedere ad una esposizione prevalentemente filosofico-giuridica, nella quale — mentre abbiamo curato di separare al massimo la sostanza politica — abbiamo altresì fatto del tutto per addentrarci nella sfera più propria del diritto.

Altro nostro desiderio sarebbe stato quello di trarre dalla esposizione della dottrina tedesca alcune considerazioni non semplicemente critiche, ma costruttive, per portare un contributo, sia pur modestis-

simo, alla determinazione di alcune nozioni fondamentali ancora molto dibattute. Così per il concetto stesso di Stato — da un punto di vista giuridico — e per la natura e il valore da attribuirsi al fenomeno politico dal punto di vista dell'ordinamento statale. Ciò però avrebbe richiesto una elaborazione particolare cui ragioni di tempo non ci hanno dato la possibilità di dedicarci. E' pertanto in nostro animo tornare sulle accennate questioni, per le quali il presente lavoro non riuscirà del tutto inutile.

Orbene, se sotto il profilo politico, o puramente filosofico, la materia da analizzare e da riassumere, anche solo obbiettivamente, è notevolissima — e molto, infatti, intorno ad essa è stato scritto (1) — non altrettanto vasto, si vedrà, è il materiale tecnico-giuridico, nonostante lo sforzo fatto da qualche autore per dare corpo a una dommatica completamente nuova. Le innovazioni — quando veramente ricorrono — rimangono circoscritte al diritto costituzionale, in quanto questo ha con la filosofia e con la politica contatti più frequenti e legami più diretti.

2. A causa, pertanto, della natura così poco rigorosamente giuridica della materia e della sua continua connessione con le idee ed i principi politici, si rende opportuno — ad evitare troppi incisi — riassumere introduttivamente alcune note sulla *Weltanschauung* nazionalsocialista (2), limitandoci a semplici rinvii, e rinunziando ad

(1) Tra le opere più complete, cfr. FEDERICI, *Nazionalsocialismo*, Treves, 1937; FRANCESCHINI, *Le fonti ideali di due Rivoluzioni*, Roma, 1937; FRATEILI, *La Germania in camicia bruna*, Milano, 1937; CANTIMORI, *Note sul Nazionalsocialismo*, in C. SCHMITT, *I principi politici del Nazionalsocialismo*, Firenze 1935; HITLER, *La mia battaglia*, Bompiani, 1934; PERROUX, *Les mythes hitleriens*, Paris, 1935; CAPITANT, *L'idéologie nationalsocialiste*, « Année politique », 1935; WERTHEIMER, *Political structure of the Third Reich*, New York, 1934.

(2) E' nota la difficoltà di tradurre in italiano il termine *Weltanschauung*. Renderlo infatti letteralmente con «concezione del mondo» è dire a un tempo di più e di meno di quel che il vocabolo stia a significare. Di più perchè il mondo al quale i pensatori tedeschi si riferiscono non è il tutto — umano ed extraumano —, ma una sfera, per quanto vasta, particolare e con limiti assai definiti: quelli entro i quali si realizza la vita sociale. E' dire di meno, perchè la parola concezione obbliga ad una raffigurazione completamente soggettiva, data da una determinata maniera di vedere le cose, da rappresentazioni e idee e, quindi, ad un sistema di

ogni confronto fra le attuali idee prevalenti e quelle di qualche tendenza passata — particolarmente del I Reich — di cui un cenno, però, sarà fatto in seguito (§ 66).

Una comprensione sintetica della posizione del Nazionalsocialismo nel mondo delle odierne tendenze e concezioni sociali si presenta piuttosto piana, anche perchè tale mondo è nelle sue linee fondamentali tanto semplice quanto invece è complesso nell'insieme degli elementi, delle idee e dei problemi conseguenziali e secondari. Hanno ragione, quindi, i nazionalsocialisti quando sostengono *sic et simpliciter* di contrapporsi ad una vecchia forma mentale individualista, per istituirne una nuova superindividualista, organica, anche se una così nuda asserzione fa sorgere la necessità di meglio chiarire e analizzare le cose. L'affermazione risulta esatta allorchè, secondo una semplificazione seguita anche in Italia, si consideri in un solo blocco il mondo democratico-liberale, borghese e socialista, in funzione di un elemento storico-spirituale fondamentale comune. Non è certo questa la sede opportuna per una disamina storico-culturale, anche perchè troppo nota e uniforme è in proposito l'interpretazione. E' utile, tuttavia — riassumendo lo stesso pensiero tedesco — chiarire l'affermazione e la posizione del Nazionalsocialismo.

L'elemento borghese è evidentemente l'elemento costante nella storia della politica: anzi, possiamo dire, è l'elemento apolitico, sul quale in genere hanno operato e cercato di far presa le varie tendenze sorte, per varie necessità, in seno alle altre classi sociali. Tale elemento (borghese in largo senso) sempre esistito quale campo di battaglia di fazioni, di movimenti, di ideologie, ecc., venne, come è noto, per circostanze maturatesi lentamente, a recitare in un certo momento un ruolo fondamentale nella storia: ciò con le rivoluzioni del XVIII secolo, nel corso delle quali ebbe a trasformarsi da massa amorfa e inerte in elemento dinamico, rivoluzionario e caratteriz-

opinioni fondate in genere su postulati privi o quasi di dimostrazione scientifica. Ciò che senza dubbio non è, poichè, nonostante il suo carattere politico, si deve dire che la *Weltanschauung* contiene anche una vera e propria formulazione di concetti, e non soltanto filosofici, ma eziandio giuridici, economici, ecc.

zante in pieno un'età. La comparsa della borghesia nei quadri attivi della politica, che, per ciò che riguardò la funzione precipua di questa, cioè la costituzione ed il funzionamento degli Stati, produsse o, meglio, costituì il liberalismo, compì ciò che tutti sanno: quel grande passo in avanti, senza il quale non sarebbero sorte, per limitarci al campo statale e giuridico, le «istituzioni» per eccellenza, abolendo quanto v'era di personale e di materiale, per creare l'impersonale e il generale, il duraturo e l'uguale, che fu la garanzia giuridica dei singoli.

Senonchè la rivoluzione borghese-liberale non fu, nè poteva essere, una rivoluzione permanente, costantemente in vita. Si risolse piuttosto in uno *status* generale, arrestandosi ai suoi principi fondamentali, per divenire — nonostante l'Illuminismo, il Romanticismo e quant'altro vivificò il periodo — una mentalità chiusa, statica, prettamente borghese. Di qui la sua decomposizione che cominciò, si può dire, fin dall'inizio e si andò sviluppando con tale rapidità che, allorquando dopo l'Impero, riacuita l'idea individualista in tutta Europa, si sarebbero dovuti cogliere i migliori frutti di un'epoca e di un mondo rivoluzionario, si vide invece che questo mondo aveva da tempo finito di essere una rivoluzione attiva, per sottoporsi ad una evoluzione e spesso ad una degenerazione interna. Esisteva già, nato da cause tipiche, ineliminabili e sviluppatosi in seno o, più esattamente, in grazia dell'ambiente liberale, il movimento socialista. Il quale non si dirigeva contro il liberalismo come tendenza contrastante, antagonista, ma operava in seno ad esso, mirando a corroderlo nelle sue istituzioni fondamentali. Non si trattava, insomma, di una rivoluzione a carattere aggressivo esterno, contro qualcosa di opposto, ma di una rivoluzione a carattere trasformativo, interno, contro un ambiente tornato statico e generale che, più che esplicare una vera e propria opposizione attiva e reagente, si limitò a resistere in maniera del tutto passiva.

La rivoluzione sociale, pertanto, sfruttava abilmente alcuni tra gli stessi principi del mondo liberale; non solo, ma per lottare contro le sue istituzioni, non poteva che servirsi di queste. Nata e cresciuta in una

famiglia borghese, essa non poteva che vivere una vita intimamente borghese, anche se esteriormente ribelle. Tale intrinseca borghesia del socialismo consistè infatti nell'avere come base delle proprie formulazioni economiche, politiche, giuridiche, ecc. il principio individualista. In qual senso il socialismo e, quindi, la democrazia ed il comunismo siano stati e siano sistemi individualisti e quale sia il loro contenuto fondamentale, è superfluo dire in questo lavoro.

Ciò che, invece, vogliamo precisare è come il XIX secolo sia stato il secolo della democrazia, nel senso che di fronte ad essa non esisterono idee e movimenti sociali. Non fu tale, abbiamo detto, la borghesia liberale, che, cessata come rivoluzione, era tornata ad essere elemento apolitico, conservatore, di semplice resistenza, ambiente passivo di una rivoluzione. Non lo furono i vari partiti e le varie tendenze particolari, nazionaliste, cattoliche, repubblicane, ecc., e tanto meno quelle operanti nel campo internazionale, indipendentiste, separatiste, imperialiste e via dicendo, perchè erano effetto di uno stimolo e di un interesse o di un insieme di interessi particolari, senza riguardare il problema sociale della vita dell'uomo tra gli altri uomini, in tutti i suoi elementi e in tutte le sue questioni basilari.

Nel XIX Secolo non si può, dunque, parlare di un mondo liberale e di un mondo democratico come forze in lotta, ma solo di un ambiente liberale e di un elemento democratico facenti parte di un unico mondo: quello demo-liberale, individualista.

Ma un fatto decisivo per questa società in decomposizione doveva avvenire ed avvenne: la guerra 1914-1918. E' da essa, infatti, che sorge e si fa strada un altro movimento che, rispetto a quella società, fu fin dall'inizio in una posizione netta e precisa. Il movimento fascista, di cui il popolo italiano, per ragioni particolari di uomini e di circostanze, fu il primo e genuino assertore, si diresse non semplicemente contro il movimento democratico per ripristinare una società ormai morta e, nemmeno, unicamente contro la società liberale, parlamentare, ma contro l'intera costruzione demoliberale; cioè contro l'ambiente borghese, inerte, apolitico, amorfo, preso con tutto il suo interiore movimento. Per le strade si ebbero i conflitti

armati contro i comunisti perchè questi erano l'elemento attivo da combattere, ma, all'apice culturale e politico della rivoluzione, si ebbe la lotta contro i vecchi e non più adatti sistemi di governo, elementi passivi che, più che da combattere, erano da rinnovare e vivificare. Non si trattò quindi di una controrivoluzione e, tanto meno, di una reazione, perchè si andava contro una rivoluzione e, ad un tempo, contro il mondo da questa rivoluzionato. Fu, invece, volontà di rigenerazione totale e, quindi, vera e profonda rivoluzione spirituale prima e oltre che semplice sovvertimento politico. L'antipartito mussoliniano ne fu l'espressione primogenita, trasformatasi poi e rimasta Rivoluzione universale permanente, che ebbe come obbietto fondamentale la rinnovazione dello Stato italiano sulle basi di due principi sostanziali: la risoluzione del problema della lotta di classe (aspetto anticomunista) e l'organizzazione politica del popolo nello Stato (aspetto antiliberale).

Per ragioni morali, economiche e politiche pressochè analoghe alle nostre, sorsero dalla guerra tendenze simili in altri paesi: prima fra tutti la vinta Germania. L'idea fascista, cioè, più che diffondersi al di là dei confini d'Italia, si manifestò spontanea là dove la storia lo permise; e si sviluppò secondo le varie circostanze, assumendo spesso colori e aspetti diversi, ma rimanendo nel suo fondo costante ed inconfondibile. Così fu per il Nazionalsocialismo. La sua nascita e il suo sviluppo — ove si astragga dai fatti concreti, materiali — sono storicamente assai simili a quelli della rivoluzione italiana, così come uguali sono il contenuto fondamentale ed i fini ultimi da raggiungere, anche se spesso (e non soltanto nelle realizzazioni concrete, ma proprio nelle formulazioni dottrinali) si trovino notevoli divergenze.

Per cui oggi, tirando le somme, non esistono che due realtà: la vecchia, demo-liberale, individualista, in trasformazione, tendente al collettivismo amorfo, e la nuova, superindividualista, organica, rivoluzionaria, diretta alla trasfigurazione totale della prima. Due rivoluzioni, insomma, che agiscono l'una dall'interno e l'altra dall'esterno su una medesima realtà.

3. Sul contenuto politico del movimento hitleriano non ci dilungheremo, bastando riassumerlo in tre motivi fondamentali. I quali, tuttavia, se per comodità di analisi si prestano ad essere presi in considerazione separata, non consentono di dimenticare che formano un tutto unico, armonico ed inscindibile, costituendo addirittura l'uno il presupposto dell'altro.

a) Il Nazionalismo. Si contiene in esso tutta una valorizzazione ideale — non nuova, del resto e, anzi, strettamente collegata ad una ragguardevole tradizione culturale — della Nazione tedesca come entità storica e morale. La quale, peraltro — a differenza di quanto si verificò nei passati movimenti indipendentisti — non trascende il popolo, non è un fine, ma è una realtà a quello aderente o, meglio, una sua qualità che di solito consiste nella autocoscienza politica.

Con tale motivo è fuso, concorrendo alla sua formazione, il *razzismo*. Esso, anzi, è l'aspetto che dà il colore a tutta la *Weltanschauung*. Non nuovo in Germania, si ricollega alla tendenza di dominazione mondiale del germanesimo del prossimo anteguerra e della guerra anche se diversi ne sono lo spirito e gli scopi. Per le già dette ragioni non ci indugiamo neppur qui in richiami; solo notiamo come oggi il nazionalismo tedesco non potrebbe essere concepito senza l'elemento razziale, così come questo non avrebbe un significato etico e politico se non sfociasse nel motivo nazionalista. Tenere distinti i due aspetti equivarrebbe a intendere il razzismo come semplice ispirazione politica contingente di una complessa produzione legislativa, mirante alla difesa di un particolare gruppo sociale contro le forze parassite o disgregatrici (antisemitismo, anticomunismo, anticolorismo, ecc.), nonchè alla conservazione e al miglioramento del gruppo stesso attraverso speciali provvedimenti (controllo sulla procreazione, incremento demografico, ecc.). Il razzismo, invece, non a ciò solo si riduce, ma vuol essere valorizzazione spirituale di un ricorso biologico per mezzo della sua identificazione col nazionalismo. La Nazione, cioè, è il popolo di razza tedesca, divenuto realtà politica attraverso l'autocoscienza: piedistallo — vedremo — di tutte le concezioni giuridiche e statali.

b) *Il Socialismo.* Anche questo ha suoi caratteri che nettamente lo distinguono dal socialismo classico tradizionale, oltre che nelle concrete proposizioni di principi, nella stessa sostanza concettuale. Infatti — più che una tendenza ideale o un programma (sia di riforma o di rivoluzione) — è il nuovo socialismo tedesco un modo di concepire il reale; il suo programma, quindi, non scaturisce da uno stimolo di natura sentimentale o economica, ma è il prodotto attivo di tale concezione. La quale — vedremo — è «organica», antindividualista, polarizzata esclusivamente sui principi «ad ognuno il suo» (valorizzazione proporzionale dell'individuo, in contrapposto al postulato egalitario comunista) e «l'interesse individuale è subordinato al collettivo» (valorizzazione del popolo sul singolo, in contrapposto al liberalismo). Espulse, di conseguenza — con la lotta di classe — sono le varie manifestazioni di scissione all'interno della collettività.

Il socialismo, in fine, è perfettamente saldato al nazionalismo, in quanto la concezione organica della collettività è concezione organica del popolo e della Nazione.

c) *Il Prussianesimo.* Per la esatta comprensione è opportuno scomporre questo terzo motivo nei suoi due caratteri principali: l'autorità di governo e il militarismo, che hanno una apprezzabile ripercussione nella dottrina del diritto e dello Stato: possono infatti essere ritrovati al fondo di qualche principio — quale l'accentramento dei poteri — nonchè in certe definizioni, come, ad esempio, quella del *Führer* «soldato politico».

4. Le idee della rivoluzione tedesca, aventi per programma centrale la completa ricostruzione e il rinvigorimento dello Stato su basi e con principi del tutto nuovi — specialmente nei confronti dei movimenti nazionalisti precedenti — non sono rimaste circoscritte nell'orbita della politica (intesa sia nel suo momento teorico, sentimentale-intuitivo, che in quello pratico decisionistico) ma hanno rapidamente invaso il campo delle varie scienze sociali, le quali però, da parte loro, si presentavano adatte e spesso pronte ad assorbirle.

Campi particolari, che a noi direttamente interessano, sono quelli della filosofia del diritto e della dottrina generale dello Stato. Ambedue infatti si erano già incamminate liberamente per una strada che, data la sua direzione fondamentale, ha loro permesso in un certo momento di confluire agevolmente nella grande arteria della rivoluzione. Un movimento «osmotico», quindi, di propagazione di tali idee e di tali principi al di là del puro sentimento e della intuizione politica vi fu e rilevantissimo, anche perchè le stesse originarie idee politiche contenevano un nucleo di precetti che si prestavano ad essere elaborati o, almeno, analizzati e criticati. Ma da tale infiltrazione ad una vera e propria determinazione radicale corre una distanza notevole che non può essere colmata.

Ciò per due motivi categorici.

Il primo — relativo sopratutto alla filosofia — dato dal fatto che questa ha categorie ed entità razionali tutte sue che non si prestano ad essere plasmate dall'esterno. Si hanno, in altri termini, atteggiamenti filosofici suscettibili di modificazione per influenza esteriore; ma la modificazione risultante sarà effettiva e risponderà alle esigenze della scienza filosofica allorchè questa avrà agito su certe sue categorie ed entità fondamentali. Sicchè la connessione normale fra scienza filosofica e politica, più che logica ed obbiettiva, dovrà essere — potremmo dire — psicologica e subbiettiva, di guisa che ne scaturisca inalterata la demarcazione tra l'elemento politico e l'atteggiamento filosofico.

E' questa non di rado riconosciuta dagli studiosi tedeschi. Così uno dei più autorevoli rappresentanti dell'odierna filosofia giuridica si domanda: «Ha la filosofia di fronte a tutta la *Weltanschauung* da rassegnarsi in una posizione in certo qual modo neutrale... o è, al contrario, come oggi molti ritengono, un semplice *istrumento* di essa»? (3). E, dopo un'analisi di elementi e punti di vista diversi, risponde nel senso preciso che, pur essendo l'atteggiamento politico

(3) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, Tübingen, 1935, Introduz. pg. 1, ove ci si richiama ad H. RICKERT, *Grundprobleme der Philosophie*, Tübingen, 1934, pg. 1 sgg.

e la filosofia in contatto, in quanto hanno la stessa radice e si presentano originariamente come qualcosa di *persönlich-überpersonlich,* il primo non è in sè stesso fenomeno di conoscenza (*Welterkenntnis*) filosofica, ma piuttosto comportamento morale, prefilosofico, di conoscenza immediata, intuizionistica (4). E si conclude, quindi, affermando che tra siffatta conoscenza prefilosofica (intuizionismo politico) e filosofia esiste una vera e propria separazione (5).

La seconda ragione, di carattere strettamente storico, è riposta nel fatto che in Germania il nuovo pensiero è in parte anteriore alla Rivoluzione, tanto che gli autori enunciano spesso nelle loro recenti pubblicazioni gran parte della dottrina formulata nelle precedenti e spesso, anzi, ad essa direttamente si riallacciano, limitandosi ad apportarvi qualche lieve modifica.

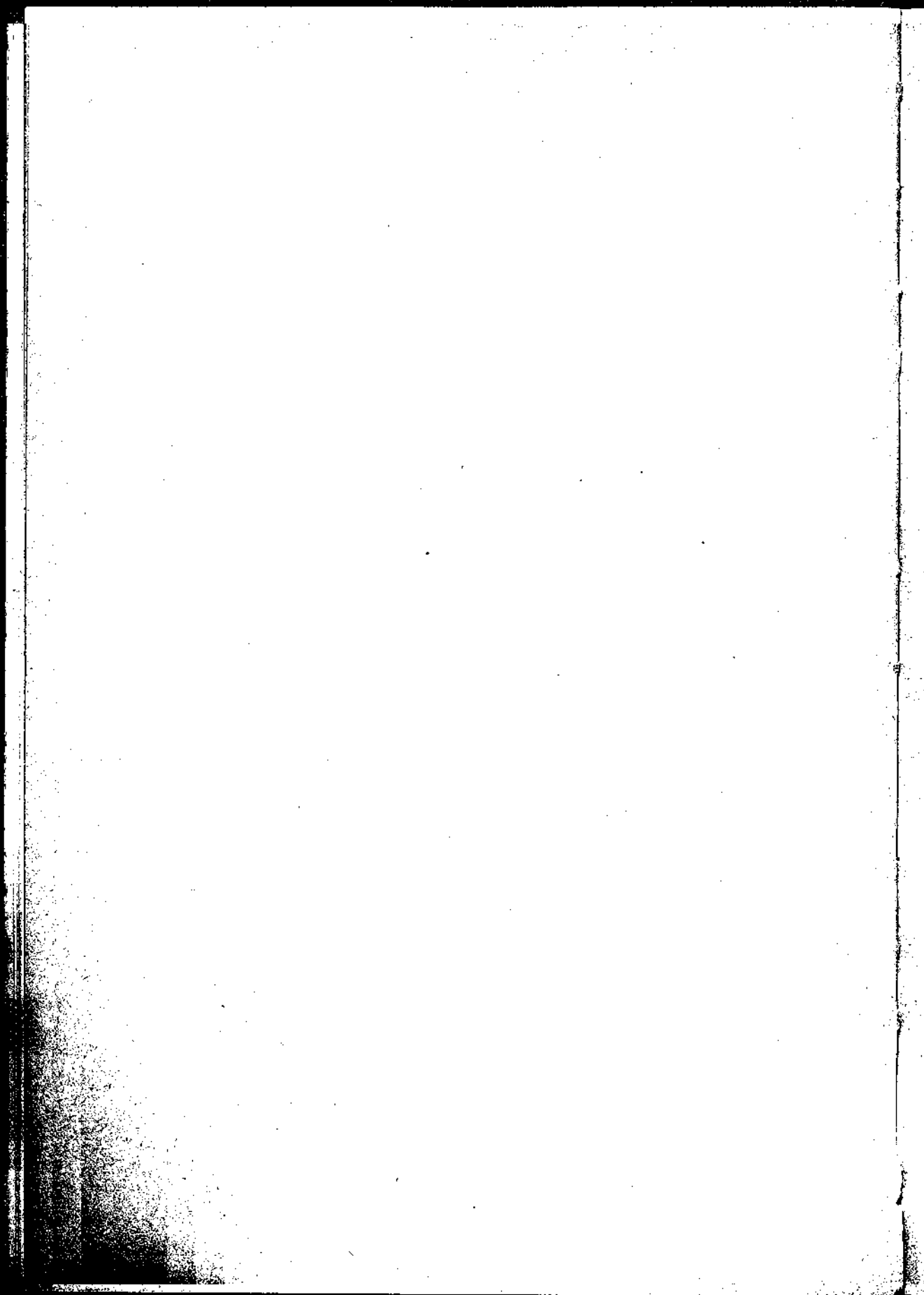
Il pensiero completamente nuovo, viceversa, non è sorto sotto la spinta della pura necessità di reagire ad una scuola sorpassata, per motivi strettamente morali, magari simili a quelli sentiti dai creatori della concezione politica, ma si è determinato sulla falsariga immediata di quest'ultima. Di conseguenza appare un tentativo di innesto mal riuscito a causa della eterogeneità degli elementi e non riesce che a conseguire una specie di analogia tra scienza e politica; analogia che, mentre subordina quella alla mobilità di questa, rende inattuabile la costruzione di un sistema fondato su criteri prettamente scientifici. Sarà, dunque, alla filosofia giuridica ed alla dottrina dello Stato più originali che occorrerà riferirsi per avere di esse una cognizione chiara e veritiera.

---

(4) L'atteggiamento comune alla politica ed alla filosofia è, ci sembra, secondo il LARENZ, quello morale dello Spirito, in quanto e l'una e l'altra sono «spinta dell'Io verso il benessere», a cui nell'un caso (politica) si tende mediante una espansione pratica, decisionistica, mentre nell'altro caso (filosofia) attraverso una mera espansione teorica, speculativa. Non fu del resto affermato che il pensiero di ciascun filosofo è strettamente connesso con i suoi caratteri morali?

(5) K. LARENZ, *op. cit.*, pg. 3: «Solches vorphilosophische Weltverständnis muss von der Philosophie... unterschieden werden». Tale necessità di considerare la filosofia non come una maniera di concepire (*Weltanschauung*), ma come una scienza rigorosa (*strenge Wissenschaft*) fu strenuamente sostenuta dall'HÜSSERL ed è invece generalmente misconosciuta dai nuovi pensatori che hanno per altro da lui largamente attinto. Cfr. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica,* Torino, 1934, pgg. 10 sgg.

Parte Prima

LA FILOSOFIA GIURIDICA

Capitolo I.

IL NUOVO INDIRIZZO

Sommario: 1. Oggetto e limiti della esposizione. — 2. La politica, la filosofia e il diritto nella metodologia nazionalsocialista. — 3. La lotta al positivismo. — 4. L'opposizione all'individualismo. — 5. L'universalismo. — 6. Carattere dinamico del nuovo idealismo. — 7. L'*objektiver Geist*. — 8. Individuo e collettività nello Jerusalem.

1. Parlare di una dottrina del diritto e dello Stato significa presupporre gli stessi concetti di diritto e di Stato. Ma i concetti che sono presupposti non è detto che debbano essere quelli stessi che vengono poi compresi nella particolare dottrina che si esamina.

Non, quindi, al concetto di Stato dei vari pensatori tedeschi ci riferiamo col titolo prescelto per questo studio, ma ad altro diverso e più comprensivo. Ciò non solo perchè quello varia da autore ad autore, ma perchè, anche se di esso si raggiunge la parte sostanziale comune, non riesce questa ad attribuirgli una vera e propria autonomia.

L'esame di tutta la dottrina mostrerà che spesso — se non sempre — il concetto di Stato è indissolubilmente legato ad altri e giace in una serie cospicua di nozioni, molte delle quali si presentano, nei suoi confronti, decisive ai fini della comprensione di tutto il sistema scientifico. Al centro di questo stanno, di solito, il popolo nella sua costituzione organica ed unitaria e lo Spirito che lo anima (1), che

(1) Cfr. M. R. Bonnard, *Le droit et l'État dans la doctrine nationalsocialiste*, nella « Revue du droit public et de la science politique » 1936, nn. 2 e 3, che assume appunto il concetto della collettività popolare (Volksgemeinschaft) come punto di partenza dell'esposizione.

si realizza continuamente come idea in atto ed assume — a seconda — la forma politica o giuridica. La diversa maniera di considerare tali valori e di porli in relazione tra loro e con gli elementi pervenuti dall'esterno della pura concezione filosofica — ad esempio con quello razzista — farà apparire lo Stato entità in genere conseguenziale, o forma ed aspetto successivi della realtà fondamentale popolare (Larenz), o creatura e meta dello Spirito del popolo (Krieck), o effetto della autocoscienza politica di questo (Schmitt), o mezzo meccanico per il raggiungimento dei fini della collettività ad opera del suo Capo (Höhn), o — solo di rado e a patto di una concezione relativistica e bipolare — un tutto etico-sociale esauriente (Jerusalem).

E', dunque, ad una idea di Stato in senso vasto e diciamo pure primitivo che intendiamo fare riferimento: ad un concetto cioè di Stato come assetto costituzionale della società (*status*), come una società nella sua forma di esistenza, senza per altro voler determinare il modo nel quale occorra considerare la società stessa (se atomicamente o unitariamente, come popolo, Nazione o altro), nè precisare in che cosa il suo assetto consista (se in un ordine giuridico o in un equilibrio politico o in una pura situazione di fatto, ecc.), nè indicare infine quale ne sia la forma (se istituzione, organismo, meccanismo o altro). Solo una nozione di Stato così ampia e così immediata può consentire la riunione delle formule adottate dalle varie correnti della nuova dottrina tedesca. E solo per tale via sarà possibile esaminare sotto un titolo unico nozioni di vario genere e di natura diversa che il pensiero tedesco attuale non si è limitato a porre tra loro in relazione — dato che una relazione è sempre esistita (ad esempio, tra popolo e Stato, fra Stato e diritto, fra diritto e politica, ecc.) — ma ha addirittura ricondotte e amalgamate in un tutto scientifico inscindibile.

Il concetto di Stato, da ultimo, non può integrare il materiale esclusivo di esame pur rappresentando l'obiettivo della nostra ricerca, ma dovrà piuttosto — a causa dell'orientamento stesso della dottrina nazionalsocialista — venire considerato come ultimo e con-

clusivo di una serie. Vi si potrà cioè, pervenire solo con l'analisi di altri concetti (popolo, Nazione, politica, *Führer* e via dicendo), tra cui principale quello di diritto, a proposito del quale valgono le medesime osservazioni.

Attraverso la disamina di tale elaborato dottrinale si cercherà successivamente di mettere in luce il concetto, non più vasto e vago ma specifico, di Stato nelle sue manifestazioni, il suo elemento costante fondamentale e il contributo che esso apporta alla scienza generale dello Stato e al diritto costituzionale generale.

2. Ci è sembrato opportuno assumere come punto di partenza della presente esposizione, più che i principi politici del Nazionalsocialismo, il nuovo pensiero filosofico-giuridico in Germania, non solo perchè la filosofia del diritto è il presupposto indispensabile per una esatta conoscenza della dottrina dello Stato, ma anche e sopra tutto perchè, se alla contemporanea dottrina tedesca si vuole attribuire un fondamento comune sostanziale, devesi questo ricercare nell'ambito di una vera e propria speculazione, in quanto i principi politici non sempre risultano sufficienti a sorreggere le nuove enormi costruzioni. Solo che — come abbiamo osservato nella introduzione — la distinzione tra politica, filosofia e diritto non è costantemente e del tutto chiara.

Che in una dottrina tuttora in marcia, le cui origini e il cui sviluppo appartengono ad un ambiente prettamente rivoluzionario, non figuri netto il confine tra le pure intuizioni politiche e le altre sistemazioni scientifiche che dovrebbero essere invece autonome, è più che naturale. Un movimento di avanguardia, rinnovatore non soltanto di particolari principi ma di tutta una *forma mentis* politica, è e deve essere così virile da diffondere rapidamente i suoi elementi concettuali entro le sfere delle singole scienze sociali ed etiche; sì che queste stentino in principio ad assimilarli completamente, limitandosi a riceverli così come si trovano nell'atmosfera, senza che siano ancora ridotti a categorie proprie di ciascuna disciplina. Ognuna delle quali pertanto, almeno da un lato, si appoggerà su un elemento

eterogeneo, esterno, permanente: sull'elemento politico. Nei riguardi del pensiero nazionalsocialista non si tratta, però, di una semplice indeterminatezza di confini, ma di una vera e propria e cosciente amalgamazione delle tre branche in una, di guisa che, se una differenziazione si farà, sarà semplicemente interna e secondaria e di carattere tecnico. In ciò viene a precisarsi la metodologia nazionalsocialista.

Politica, filosofia, diritto si presentano, adunque, come un'unica complessa sfera di conoscenza, nel cui seno potrà essere identificata una scienza giuridica in senso stretto che rimarrà in ogni caso parte integrante del tutto, dal quale verrà di frequente non soltanto influenzata, ma addirittura determinata.

Se una tale fusione tuttavia — che è, come si è detto, voluta e cosciente — costituisce il primo carattere (metodologico) con cui si presenta l'insieme delle varie discipline etico-sociali, ad un osservatore obbiettivo, che guardi queste dall'esterno, non riesce difficile il fissare le dovute caratteristiche per distinguere e separare ciò che è politico dal filosofico e dal giuridico (2). E' quindi sotto questo aspetto che si può affermare la prevalente importanza della filosofia giuridica la quale, anzi, è dagli autori tedeschi considerata fondamento di tutta la scienza giuridica. Così — per dare un esempio — il Larenz osserva che una assoluta inscindibilità si riscontra fra la filosofia giuridica e la scienza giuridica. Questa — a suo avviso — non è interessata soltanto dalle norme e dalle decisioni, ma dallo stesso diritto come «ordine di vita del popolo» (*völkische Lebensordnung*) ed «espressione dello spirito giuridico del popolo» (*Ausdruck des völkischen Rechtsgeistes*); mentre la filosofia giuridica non studia unicamente il concetto astratto generale e formale di diritto e le altre non meno astratte idee giuridiche, bensì l'essenza stessa di quello, il

(2) Una denominazione generale da applicare a tutta la dottrina che abbiamo preferito chiamare del diritto e dello Stato (denominazione tuttavia che, comprensiva ed esauriente, è assai difficile trovare) non esiste nemmeno negli autori tedeschi. Questi infatti, ove non ricorrano al termine generico di Weltanschauung, qualificano la loro dottrina come politica o sociale, ma talora anche come filosofica o giuridica, a seconda del punto di vista predominante.

suo valore e la sua struttura spirituale (3). Se, perciò, una distinzione sta fra le due scienze, essa ricorre non in quanto l'una tratta dell'astratto e l'altra del concreto, essendo ambedue «scienze concrete», ma perchè l'una — la filosofia del diritto — non si occupa del positivo, particolare che, invece, appartiene alla scienza del diritto vera e propria (4). Il che — va subito osservato — è un corollario dello stesso concetto di diritto che autori come il Larenz hanno, e ciò anche a prescindere dalla posizione alla quale esso perviene in tutta, o quasi, la scienza dello Stato, anche cioè se non è il centrale nell'edificio del corpo scientifico e ai fini di una discriminazione logica e metodologica fra la scienza filosofica e la giuridica. Invero, se si riflette che il pensiero non può essere analizzato per gradi, ma va interpretato nella sua compiutezza organica, risulta evidente come il concetto di diritto — pur non formando la base della odierna dottrina germanica dello Stato — possa assurgere al ruolo di principio informatore della struttura scientifica di questa dottrina, determinando così la impossibilità di staccare nettamente l'una disciplina dall'altra.

Quanto si è detto per la filosofia e la scienza giuridica si può e si deve ripetere per la politica e la scienza giuridica. Infatti, la concezione fondamentale del fenomeno giuridico (come fenomeno in genere di determinazione di una volontà collettiva) non include nel suo stesso contenuto una divisione categorica tra «politico» e «giuridico» adeguata a determinare una necessità di discriminazione fra le due scienze (5). Ciò sarà visto meglio in seguito.

(3) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, cit., pgg. 169-170.

(4) *Ibidem*: «Gewiss erfasst sie darin zugleich etwas vom Wesen rechtlicher Ordnung schlechthin, entfernt sie sich weiter als die praktische Rechtswissenschaft zwar nicht vom Konkreten, aber vom Positiven und Besonderen. Jedoch ein grundsätzlicher und wesensmässer Gegensatz ergibt sich daraus nicht».

(5) Così ad es. il KOELLREUTTER, che, pur essendo tra i rappresentanti della corrente più strettamente giuridica, definisce in tal modo la scienza dello Stato e conseguentemente si esprime sui rapporti tra pensiero politico e giuridico: «Die allgemeine Staatslehre ist die Lehre vom politischen Sein der Völker» (*Grundriss der allgemeinen Staatslehre*, Tübingen 1933, pg. 6); onde, considerando egli il diritto un fenomeno statale, può facilmente precisare (*op. cit.*, pg. 71): «... schliesslich

3. Orbene, il pensiero nazionalsocialista presenta due spiccate caratteristiche secondo cui può ricevere due nomi distinti. Filosofia abbastanza complessa, non può essere intesa se non è esaminata da due diversi punti di vista che non si urtano a vicenda, ma si compenetrano e si completano. Consistono essi nei due aspetti in cui l'idealismo, nel quale tale filosofia rientra, si può presentare: l'*universalismo* da un lato e l'*obiettivismo* dall'altro. E, infatti, in uno dei due sensi è la moderna filosofia definita dagli stessi autori tedeschi, a seconda che prevalga il primo o il secondo punto di vista (6).

Esamineremo per praticità separatamente i due aspetti, nonostante il secondo mostri di contenere o, almeno, di presupporre parzialmente il primo.

Si può dire che il nuovo atteggiamento sorge e trova incremento nel contrasto riacuito negli ultimi anni tra il positivismo, in tutte le sue forme, e le teorie giusnaturalistiche. Già lo Schönfeld, in risposta al Berling, proclamava la necessità di prendere posizione contro il positivismo senza ricadere nelle dottrine del diritto naturale, ma rifacendosi piuttosto alla migliore tradizione filosofico-giuridica tedesca, cioè ad Hegel ed alla Scuola storica, per cui egli in senso di venerazione coniava la frase «giorni del diritto tedesco». Fine lodevole che, tuttavia, lo Schönfeld si proponeva in un'epoca nella quale non esisteva soltanto il positivismo, ma fiorivano già molte altre correnti, che, come in fondo la stessa neokantiana, ben se ne distaccavano e si risaldavano appunto alla tradizione.

Ma i tempi erano fatti per creare e progredire, oltre che per ripudiare tutto quello che non appagava lo spirito tedesco, essenzialmente idealista e talvolta spinto addirittura fino al misticismo. Il pensiero dei neokantiani ed ancor quello dei filosofi riallacciantisi

---

hängen auch politisches Denken und Rechtsdenken notwendig miteinander zusammen». Ma la politicità del fenomeno giuridico sarà, come vedremo, sostenuta soprattutto dallo Schmitt.

(6) Così il Dietrich parla esclusivamente di universalismo, mentre il Larenz insiste in particolare sull'atteggiamento idealista obbiettivo, contrapponendolo all'idealismo subbiettivo della scuola neokantiana. Nello Jerusalem i due aspetti si trovano invece accentrati nei riguardi della concezione dello Spirito generale.

ad Hegel ed a Fichte non si mostravano più sufficienti alle nuove necessità spirituali che reclamavano un'assai più complessa costruzione, di fronte alla quale quei pensatori apparivano semplici parziali precursori o ispiratori e non già veri artefici. Infatti, molto e di nuovo restava da introdurre e da plasmare. E la necessità di elaborare e sistemare scientificamente una materia rovente per le idee rivoluzionarie, sopra tutto dei fratelli Strasser e dello Jünger (7), non mancò di influire su molti scrittori come radicale, cioè come bisogno di poggiare addirittura tutta la filosofia o gran parte di essa su nuove basi, mutando *ab imis* i termini dello stesso problema dell'essere (8). In ogni modo, in questo rinnovamento ampiamente delineatosi, un aspetto fu in principio comune e fondamentale: la opposizione al positivismo — e questa si può dire sia stata la via auspicata dallo Schönfeld — attraverso il superamento della concezione individualista che con il positivismo si mostrava strettamente connessa.

Tale connessione è posta in rilievo dal Larenz, il quale, riallacciandosi al Binder, già vivace oppositore dell'individualismo come sistema di filosofia idealista, nota appunto che il concetto positivista della realtà conduce fatalmente all'individualismo: esso ignora un tutto organico e una forma di vita superindividuale; la persona, nella sua rappresentazione finale, viene ad essere intesa in astratto, in collegamento con tanti altri atomi del mondo sociale, e l'interesse individuale considerato forza animatrice dei singoli, categoria formale che unisce gli individui tra loro (9). Positivismo e individualismo erano, dunque, all'inizio un unico nemico da abbattere, e ciò fu intensamente sentito dai filosofi anche prima della vittoria delle idee

---

(7) Interessanti scritti di E. JÜNGER sono *Die totale Mobilmachung*, Berlino 1934 e *Der Arbeiter, Herrschaft und Dienst*, Hamburg 1932, mentre sul pensiero di O. e G. STRASSER vedi E. KOCH, *NSDAP, Idee, Führer und Partei*, Berlino 1934. Cfr. inoltre D. CANTIMORI, *Note sul Nazionalsocialismo* in C. SCHMITT, *Principi politici del Nazionalsocialismo*, cit.

(8) Cfr. O. DIETRICH, *Die philosophischen Grundlagen des Nationalsozialismus*, Breslau, 1935, pg. 13: «Die Frage nach dem Seienden muss radikal neu gestellt werden in einer Zeit, in der sich der Geist einer so fundamentalen Neugestaltung des sozialen Lebens in der Gegenwart gegenübersieht».

(9) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil. der Gegenwart*, cit., pag. 158.

rivoluzionarie politiche. Tanto che, in altro suo scritto, il Larenz afferma essere la rinnovazione del pensiero giuridico tedesco inconcepibile «senza una radicale avversione al positivismo ed all'individualismo», rallegrandosi che in grembo alla filosofia giuridica si fosse già in parte simile rivolgimento delineato (10).

4. Ma tale atteggiamento non rappresentava che la preparazione ad una lotta più decisa e concreta all'intera forma mentale individualista del secolo XIX. Pur ammessa, infatti, una stretta connessione tra positivismo e individualismo — riscontrata sopra tutto in certe filiazioni di quello, quale il purismo giuridico, contro cui di conseguenza si accentuò l'ostilità — si comprese presto che la vera materia da colpire e da superare doveva essere la concezione individualista. Mentre il positivismo non era che un sistema più o meno chiuso, che sarebbe caduto automaticamente con l'affermazione di un sano tradizionale idealismo, restava l'individualismo una concezione così lata e multiforme, insidiante lo stesso idealismo, da dover essere da questo definitivamente espulsa (11). Questa era la vera ansia del momento a cui corrispondevano, in perfetta assonanza col diapason della sensibilità etica, le anzidette necessità politiche, cioè i motivi della *Weltanschauung* rivoluzionaria. Non si dirigeva invero il Nazionalsocialismo, come movimento concreto rivoluzionario e come idea programmatica, contro la cellula comune al liberalismo e alla democrazia, costituita dall'individuo, entità fondamentale e «misura di tutte le cose»? La rivoluzione voleva a quella cellula sostituire una concezione ed una realtà nazionale organica, razzista, in cui il singolo diventasse una particella ferma, in coesione con le altre formanti un tutto unico compatto.

A tali necessità politiche — e, volendo un poco scomporle, sentimentali ed economiche — espresse da una rivoluzione in atto e da

(10) K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, in *Recht u. Staat in geschichte u. gegenwart*, Tübingen 1934, pg. 15.

(11) O. Dietrich, *op. cit.*, pg. 14: «Der Individualismus war, um in der Terminologie Kants zu sprechen, die Kategorie des philosophischen Denkens überhaupt».

una dottrina intuizionista, doveva corrispondere una sistemazione razionale e scientifica: occorreva cioè chiarire perchè il singolo non fosse un atomo in movimento del tutto autodeterminantesi e di stabilire che cosa fosse di più preciso; nonchè quale entità dovesse prendersi per nuova base, al fine di spiegare quel qualcosa che era «sentito» ma non ancora perfettamente illustrato (12). Ecco, così, che il rinnovamento, già affermatosi nella filosofia contro l'individualismo come concezione generale e non già soltanto come espressione del positivismo, si rafforza e si accentua sotto la spinta della *Weltanschauung* politica.

La conseguenza di tutto ciò sarà la creazione di un idealismo antindividualista, il quale, come idealismo, escluda a priori il positivismo con i suoi derivati e contemporaneamente crei un sistema che, non solo cerchi di superare le insufficienze del passato, ma risponda alla «coscienza politica e morale del tempo». Tale è in grandi linee (nè ci è consentito l'addentrarci in particolari) il processo di formazione del nuovo universalismo nella scienza filosofico-giuridica tedesca.

5. La collettività o comunità diventa pertanto centro e perno del nuovo idealismo, anche se di volta in volta si presenterà con caratteristiche diverse. Così il Dietrich afferma che il riconoscimento della natura sociale nell'uomo non basta a formare il fondamento dell'universalismo, il quale non sulla società, luogo comune di una infinità di dottrine, si fonda, ma sul concetto assolutamente nuovo di collettività (*Gemeinschaft*) (13).

---

(12) *Ibidem*: «... die Krise des Individualismus (come concezione generale), die wir heute erleben, auch die Krise der individualistischen Philosophie sein muss!»

(13) *Ivi*, pgg. 17 e segg. Circa la distinzione tra Gesellschaft e Gemeinschaft l'autore si richiama particolarmente al pensiero di J. REHMKE (*Philosophie als Grundwissenschaft*, Leipzig 1929 e *Grundlegung der Ethik als Wissenschaft*, Leipzig 1925) il quale asserisce che nel mondo il «veramente efficiente» (Eigentlich-Wirkende) è generale, per cui la restrizione di ogni concezione del reale all'uomo come singolo è sognare e poetare che ostacola la vera filosofia. Accanto ad J. REHMKE è menzionato P. KRANNHALS, *Das organische Weltbild*, Monaco 1934. «L'individuo, afferma quest'ultimo, non ha come tale nè il diritto, nè il dovere di esistere, poichè ogni diritto ed ogni dovere promanano dalla Gemeinschaft».

Solo che a una tale affermazione il Dietrich giunge servendosi di elementi esterni, i quali producono una coincidenza centrale tra la concezione politica e la sistemazione filosofica. La collettività è infatti per lui un tutto unitario, organico, inconfondibile, parte della realtà, o, meglio ancora, unità di misura della realtà mondiale: in una parola il popolo, inteso secondo le nuove concezioni nazionali e razziste.

In fondo ad essa l'uomo ha una posizione del tutto nuova, diversa dalle precedenti. E ciò sopratutto nel significato che la libertà della personalità individuale non è *riconosciuta* dalla collettività, ma da questa *creata*. Gli individui cessano di presentarsi come tali, per rivestirsi della nuova figura di compagni di stirpe (14). Figura che è dal Dietrich messa meglio in evidenza mediante la contrapposizione a quella che l'individuo ha nel sistema corporativo. Riferendosi particolarmente al Bortolotto, egli afferma che, mentre il corporativismo mira alla composizione dei concetti di individuo e di collettività, l'universalismo nazionalsocialista considera questa come realtà a priori, a cui il concetto di individuo è completamente subordinato.

Occorre, tuttavia, domandarsi: affermata la necessità di superare l'io individuo e di sostituirgli un tutto organico che consenta di creare nuove e più soddisfacenti categorie, riesce effettivamente il Dietrich, com'egli vorrebbe e secondo le esigenze dell'idealismo, ad introdurre un universale nuovo che superi e contenga ad un tempo il primo? Sarebbe tale universale la collettività, quando essa è determinata secondo criteri strettamente empirici, biologici? All'io universale non sono surrogate, infatti, che tante realtà concrete, le collettività, come realtà parziali, in cui l'io universale verrebbe a scindersi. Senonchè questo è un idealismo che meglio si potrebbe chiamare un nominalismo, in quanto l'essenza universale della collettività non è più possibile se non astraendo dalle infinite realtà. Il passaggio, per contro, dall'io alla *Gemeinschaft* come « universale concreto » do-

(14) Troviamo giusto tradurre in questo modo, già da altri usato, il termine tedesco di Volksgenosse.

vrebbe essere attuato in una cornice completamente concettuale e ideale, del tutto libera da elementi materiali, i quali dovrebbero entrare in campo solo quando già sia stato fissato il nuovo concetto di collettività. Ma ciò non riscontreremo che in quegli autori i quali, come il Binder, oltre al puro aspetto universalista, sviluppano anche l'altro del nuovo idealismo, cioè quello obiettivo.

Il Binder, infatti, che è in sostanza un sostenitore dell'universalismo in seno alla filosofia idealista, ha, nell'ultima edizione del suo lavoro principale, prodigato i suoi sforzi per dimostrare che universalismo e idealismo sono perfettamente conciliabili; non solo, ma che la concezione universalista non conduce o, per lo meno, non deve necessariamente condurre all'annichilimento della personalità umana (15). In ciò egli, per quanto concerne specialmente la concezione dello Stato, si avvicina di più al corporativismo, in cui il binomio Stato-individuo non è affatto eliminato come nei puri universalisti. Ma, per mantenersi in un idealismo soddisfacente, deve calcare il lato obbiettivo di questo, considerando le idee — nella sfera sociale — immanenti alla realtà, come potenze in atto di rilevanza politica (*politische bedeutsame Macht*); però, in ogni caso, come idee e cioè come universali, assolute, indipendenti da ogni elemento empirico e contingente.

Universalismo, dunque, in quanto l'io non è considerato il fulcro della *Welterkenntnis*, dato che il concetto centrale, sia pure non esclusivo, è per il Binder quello di Nazione: ma l'io e la Nazione riman-

---

(15) J. Binder, *System der Rechtsphilosophie*, Berlino 1937, pg. 160: « Der Universalismus ist nicht Persönlichkeitverneiung, sondern Bejahung; ich habe Persönlichkeit, indem ich mich weiss als Glied des Ganzen, insofern ich in meinem Bewusstsein denselben Geist wirksam und lebendig weiss den zugleich das Ganze belebt ». E più avanti (pg. 193): « Der Universalismus... ist allein geeignet, sowohl die Individualität und Persönlichkeit der Menschen wie das Wesen des Staates und das Verhältnis der beiden zueinander wirklich zu begreifen, weil er allein imstande ist, den Menschen nicht das in sich zurückgezogene einzelne Ding, sondern die konkrete Allgemeinheit, und im Staate nicht einen blossen Verein jetzt lebender Menschen, sondern die als Einheit wirkliche Nation in der Form des Rechts, das Volk als Lebenseinheit, und d. h. vor allem auch: die Einheit der Nation als ihres Allgemeinen mit ihren einzelnen Gliedern zu erkennen ».

gono concetti universali, seguiti da una serie di altri, tra cui preponderante quello di Stato. Di quest'ultimo — egli dice infatti — si possono avere diverse opinioni, ma un solo concetto (16). E', perciò, in questa sfera universale — la quale, peraltro, ha una vita concreta, dato che tutte le idee che in essa convergono sono idee in atto — che avviene la fusione tra singolo e Stato, e ciò nel senso che il singolo è membro del tutto (Nazione), in quanto ha coscienza dello Spirito che lo anima. La concezione finale è, pertanto, una concezione organico spirituale, equivalente a quella accolta dagli altri rappresentanti dell'idealismo obbiettivo, tra cui eccelle il Larenz.

6. E' in antitesi al *positivismo* e all'*idealismo subbiettivo* che sorge — guardata, come dicemmo, dal secondo e principale punto di vista, che abbraccia in certo modo anche il primo — la nuova tendenza contrassegnabile come *idealismo obbiettivo* (17). Essa, mentre rigetta la «realtà monistica» del positivismo, asserendo la necessità, come idealismo, di categorie universali fondamentali, si pone contro, cercando di superarla, alla corrente, fino ad allora predominante, dell'idealismo subbiettivo contenente un «concetto dualistico della realtà»; combatte, in altri termini, ogni sdoppiamento radicale tra il mondo dell'esperienza e dell'oggetto e il mondo soprasensibile delle idee, cioè il «regno degli scopi» (18).

Orbene, il nuovo idealismo, pur riconoscendo l'universalità delle idee, queste non concepisce in un astrattismo o trascendentalismo che le costringa in semplici categorie di conoscenza o in puri fini morali, ma in modo concreto e immanente al mondo sensibile, come «potenza creatrice, come vita e spirito» (19). Cosicchè la realtà, animata da

---

(16) *Ivi*, pg. 228.

(17) Cfr. K. Larenz, *Rechts- und Staatsphil. der Gegenwart* cit., pg. 161; E. Rothacker, *Logisch und Systematik der Geistwissenschaften*, (Handbuch d. Philosophie. Abt. 2 Beitr. C.) Berlino-Monaco 1926, pgg. 26 sgg., 53 sgg., 96 sgg.

(18) K. Larez, *Rechts- und Staatsphil. der Gegenwart* cit., pg. 159.

(19) *Ivi*, pg. 161; K. Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Philosophie* cit., pg. 37: «Wir verstehen die Idee nicht im Sinne der neukantischen Philosophie als eine ewig unerfüllbare Aufgabe oder mit Stammler als einen formalen Richtpunkt

tale forza ideale immanente, (*bewegendes Prinzip*), si spoglia del suo carattere di essere statico per acquisire quello di «divenire» dinamico (20).

Ma tale obbiettivismo o, anche, immanentismo idealista sarebbe imperfetto e inconcludente se non sviluppasse e non definisse più particolarmente il suo postulato generale. Ed, infatti, dalla premessa di dover concepire le idee concretamente, come forze stimolanti di continuo il mondo del reale e nel reale stesso ritrovabili, in una armonia che ricorda il pensiero di Aristotile, si passa alla determinazione dell'idea madre, dalla quale partiranno gli insegnamenti giuridico e politico della nuova filosofia.

Idea che non è assolutamente nuova nel pensiero tedesco, ma intesa in maniera più complessa e più concreta: essa è il c. d. «Spirito obbiettivo» (*obiektiver Geist*) (21).

Sulla concezione di questo si attarda e insiste la odierna letteratura filosofico-giuridica e talvolta anche quella strettamente giuridica, poichè essa è la piattaforma sulla quale tutti i pensatori contemporanei si incontrano ed in cui profondamente si somigliano. Senza una salda idea dello Spirito obbiettivo, che, sviluppato, si presenterà a sua volta in altri atteggiamenti spirituali e darà vita ad altri concetti fondamentali, sarebbe inconcepibile la nuova dommatica giuridica e statale, qualunque ne sia il contenuto particolare. Possiamo anzi dire che, a partire da quella idea, con la inserzione successiva di elementi nuovi, si passa alla graduale conquista di nuovi concetti,

---

der Erkenntnis,... sondern als sich im Gemeinschaftsleben auswirkende geistige Kraft, die den Einzelnen nicht nur als Aufgabe und Zielbild zum Bewusstsein kommt, sondern sich auch in ihrer Haltung und ihrem Tun ausdrückt und verwirklicht». E più oltre: «Die Idee ist in ihrer Konkretheit als wirkliche geistige Macht völkisch und blutmässig bedingt».

(20) K. Larenz, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 161: «Die Wirklichkeit ist daher kein ruhendes Sein, sondern Werden und Gestaltung». Su tale carattere dinamico dell'attuale pensiero filosofico giuridico tedesco vedi L. Le Fur, *Les grandes problèmes du droit*, Paris 1937, pgg. 378 sgg.

(21) K. Larenz, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 15. Ma non di rado si incontrano, come vedremo, espressioni diverse, però di significato pressochè uguale: così Gemeingeist, Volksseele e Rassenseele.

fino a raggiungere quelli di diritto e di Stato. Solo che i vari passaggi non si attuano in modo identico nei vari autori, sia perchè la inserzione dei nuovi elementi non è sempre omogenea, sia perchè uno stesso elemento può essere visto e valutato in modo diverso e conduce conseguentemente a conclusioni diverse.

7. Degna di nota è la concezione dello « Spirito obbiettivo » nei due maggiori rappresentanti in Germania del nuovo concreto idealismo: il Larenz e lo Jerusalem.

Il Larenz osserva che il concetto di *obiektiver Geist* deriva da Hegel e che, quindi, ad Hegel direttamente fanno appello molti tra i nuovi autori che ne trattano (22). Al Larenz lo Spirito obbiettivo si presenta come idea fondamentale immanente nel mondo del sensibile, definitivamente in questo inserita e dipendente da tre circostanze fondamentali: 1) una vita spirituale comune; 2) una precipitazione e una manifestazione di tale vita in opere; 3) un continuo rinnovarsi di queste nel corso progressivo della stessa vita spirituale (23).

Sotto questo profilo si perfeziona la fusione tra Spirito e materia e si realizza la eliminazione di ogni dualismo (24).

Più oltre il Larenz definisce con maggiore chiarezza e in sintesi lo Spirito obbiettivo, come « unità tra Essere e Ragione », « reale processo in seno alla collettività » (25). Esso infatti, riscontrantesi in seno

---

(22) In tal senso anche M. FREYER, *Theorie des objektiven Geistes*, Leipzig 1934; POGGI, *La filosofia giuridica di Hegel*, nella « Rivista internazionale di Filosofia del diritto » XV, 1935, pgg. 84 sgg.; sulla separazione invece tra il pensiero di Hegel e la nuova filosofia nazionalsocialista cfr. G. LEIBHOLZ, *Zur Theorie des Faschismus*, nell'« Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie », XXVIII, 1935, pgg. 575 sgg.; R. TREVES, *La filosofia di Hegel e le nuove concezioni tedesche del diritto e dello Stato*, negli « Annali » dell'Ist. di Scienze giur., econ., polit. e soc. dell'Univ. di Messina, 1934-35. Per una soluzione vedi appresso nota 26.

(23) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern* cit., pg. 16.

(24) Cfr. anche M. FREYER, *op. cit.*, che la fusione sintetizza tra le complessità delle rappresentazioni logiche e delle realtà (sowohl Sinnzusammenhang wie Geschehnrealität).

(25) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern*, cit., pg. 17: « Denn der objektive Geist ist eben als Wirklichkeit geistigen Lebens weder nur irreal geltendes Sinngebilde, noch nur sinn- und wertfremdes Sein und Geschehen, psychologisches Faktum, sondern Einheit von Sein und Sinn, als realer Prozess innerhalb der Gemeinschaft ».

a questa, non può essere, secondo l'autore, concepito esclusivamente da un punto di vista psicologico, cioè quale fenomeno generale, proprio di ciascun individuo e, quindi, apprezzabile soltanto attraverso l'osservazione della psiche di ogni singolo, ma va riguardato come valore spirituale a sè, trascendente le sfere psichiche individuali, per divenire entità ideale autonoma, riferibile alla collettività come tale, nella sua complessa unità di vita. Lo Spirito obbiettivo perciò, mentre presuppone una collettività (*gemeinschaftliches geistiges Leben*), perfeziona in pari tempo il concetto di questa che diventa reale e attiva, finisce cioè di essere comprensibile soltanto teoreticamente, per divenire una complessità vitale di materia e di spirito in costante attuazione (26).

Lo sviluppo della concezione del Larenz si può dire che si ritrovi nello Jerusalem. Il quale, utilizzando i risultati ottenuti dall'idealismo, perfeziona l'idea di Spirito obbiettivo, immanente ad una determinata collettività, per giungere al concetto finale — base diretta della nuova scienza del diritto e dello Stato — di «Spirito generale» (*Gemeingeist*) che, dopo essere stato dall'autore esposto in un lavoro intorno al significato di Nazione (27), è più tardi ripreso a motivo fondamentale della sua opera maggiore (28).

«Noi indichiamo — egli scrive — lo Spirito che si realizza nella

---

(26) Ha cioè il Larenz della collettività un puro concetto formale che non si serve, come ad es. nel Dietrich, di elementi esteriori, ma che questi utilizzerà solo in seguito per completare il proprio contenuto o, meglio, per poter essere trasportato da un campo puramente filosofico ad uno sociale. In altri termini, l'objektiver Geist del Larenz richiede il concetto di Gemeinschaft: ma questo è puramente ideale ed astratto, per concretizzarsi solo dopo che a quest'ultima è stato lo Spirito attribuito. Solo con la scissione in questi due momenti (ideale e concreto) della concezione della collettività ci sembra che possa l'idealismo obbiettivo, giusta l'asserzione del Larenz, essere ricollegato (limitatamente al primo di quei due momenti) all'Hegel, mentre una considerazione simultanea dell'elemento razzista deve condurre a diverso avviso.

(27) F. W. Jerusalem, *Ueber den Begriff der Nation*, Jena 1932, in cui l'A. afferma che «il momento essenziale della singola collettività è il suo Spirito, il Kollektivgeist, che tuttavia è un concetto sociologico e forse non anche filosofico» (pg. 4). Nell'opera maggiore, invece, il concetto di Kollektivgeist, che assume il nome di Gemeingeist, diventa centro di una vera e propria concezione filosofica.

(28) F. W. Jerusalem, *Der Staat*, Jena 1935.

forma della vita sociale, e particolarmente in quella dello Stato, come Spirito generale » (29). Presuppone, adunque, lo Jerusalem, allo stesso modo del Larenz, una speciale forma di collettività, identificabile in una determinata maniera, in cui lo Spirito si realizza; sorvola anche lui su tale concetto che, come nel Larenz, resta puramente astratto, per poi meglio delinearsi attraverso quello dello Spirito generale. Mentre, infatti, da un lato, detto Spirito presuppone la collettività, dall'altro è causa dell'esistenza di questa. Esso, per vero, non vive in un mondo astratto di idee, idea esso stesso, per essere fuso attraverso un ragionamento logico posteriore col mondo del sensibile, ma vive entro questo mondo in un perfetto immanentismo; si chè nè esso potrebbe essere inteso fuori del reale, nè il reale potrebbe essere colto senza il proprio Spirito. Tendenza spiccatissima verso un idealismo obbiettivo anche questa, su cui non si cessa mai di insistere. Paragonando, anzi, la propria concezione del *Gemeingeist* con l'idealismo hegeliano, scrive lo Jerusalem: « Tale Spirito non è, come in Hegel, un'entità autonoma, nè personalità, nè collettività, anche se la collettività esso condiziona ». Ancora: « Come la vita si ritrova dietro ad ogni manifestazione dell'organismo, così il *Gemeingeist* si presenta dietro a tutto quanto noi intendiamo come agire umano » (30). Dunque, idea che non un processo di sintesi può ricondurre al reale, perchè gli è già inizialmente unita, ma che solo, se mai, un processo logico di astrazione può rendere autonoma.

Ciò premesso l'autore procede alla definizione del rapporto di immanenza tra Spirito e collettività e, all'uopo, distingue tra due tipi standardizzati di *Gemeinschaften* che, a suo parere, si avvicendano nella storia: « chiusa » o « aperta » (31). « Come *Gemeinschaft* chiusa — egli precisa — indichiamo quella in cui lo Spirito generale investe completamente i singoli e determina, quindi, in pieno il loro comportamento, in modo che non si possa parlare di autonomia

(29) *Ivi*, pg. 2.
(30) *Ivi*, pg. 3.
(31) *Ivi*, pgg. 53 sgg.

individuale ». Al contrario, nella *Gemeinschaft* aperta, il singolo viene solo in parte preso da detto Spirito. La collettività aperta, quindi, investe l'individuo solo nel senso che serve di base alla sua personalità, la quale è appunto intesa formalmente coordinata con le altre singole personalità. Tutta la vita di un popolo, allora, si perfeziona o in collettività chiuse o in aperte, dall'una all'altra delle quali è spesso il trapasso lento e graduale (32).

Nella *Gemeinschaft* chiusa, pertanto — e tale deve essere ritenuta quella attuata dal Nazionalsocialismo — lo Spirito generale abbraccia interamente gli individui che di quella fanno parte e che sono i suoi « portatori ». Cioè, mentre detto Spirito è in sè stesso inscindibile, immanente ad una collettività — essa altrettanto inscindibile (Spirito-collettività, tutto unico vitale) — è, d'altro canto, proprio per il suo carattere di fenomeno spirituale in atto, da considerare posseduto ed estrinsecato dai singoli individui formanti la collettività. « ...Lo Spirito generale abbraccia un numero piccolo o grande di uomini e sparisce definitivamente se la totalità dei suoi portatori scompare » (33).

Come si deve, allora, intendere il ritorno dell'individuo come tale? Si riduce lo Spirito generale ad essere proprio un fenomeno psichico individuale generale? Si ricadrebbe, così opinando, in una concezione squisitamente individualista, in cui si giungerebbe semplicemente a sorprendere il singolo in un più stretto legame con gli altri singoli, in virtù di uno Spirito generale che non avrebbe altro significato all'infuori di quello di un sentimento sociale generale: forza di coesione morale, sia pure in un tutto organico, tra gl'individui, ma, in ogni caso, sentimento prettamente individuale.

Nello Jerusalem il concetto di *Gemeingeist* è alquanto più complesso che nel Larenz. Mentre questi si limitava a raffigurare lo Spirito obbiettivo come anima di una determinata collettività formante — diciamo così — il corpo di tale anima e, quindi, un tutto com-

---

(32) *Ivi*, pg. 55: « Der einzelne Mensch ist dementsprechend unselbständiger Genosse von Gemeinschaften oder selbständige individuelle Persönlichkeit ».

(33) *Ivi*, pg. 3.

plesso e inseparabile da questa, lo Jerusalem non si accontenta di considerarlo immanente alla collettività, ma vuole spiegare altresì come l'immanenza avvenga, dato che quella non è individualità e che non tollera il concetto di attività psicologica unitaria. Come si può, infatti, lo Spirito realizzare se la collettività, come tale, non è psicologicamente capace di agire? E' vero che lo Spirito generale è in sè stesso tutt'altro e ben più di una attività psicologica, in quanto è una entità spirituale, ma è in atto, è concreto, e — subito aggiunge lo Jerusalem — costituisce un fenomeno storico (34), strettamente legato ad una capacità psicologica di agire secondo tutto un complesso di azioni (35). Difatti, più avanti, egli asserisce chiaramente che il contenuto dello Spirito generale può essere diviso « secondo certe maniere formali di manifestarsi e cioè in conformità della triade: pensiero, volontà, sentimento » (36). La possibilità di chiarificazione del rapporto di immanenza tra Spirito e collettività si risolve, perciò, nella spiegazione del come quello si realizzi e, precisamente, del rapporto interiore tra la sua natura etico-ideale e la sua fenomenicità psicologica.

8. Ma, bene osservando, simile soluzione è collegata ad un altro problema che a un certo punto, anzi, diventa prevalente e centrale: il rapporto tra l'individuo e la collettività (37). Ammesso, infatti, che ogni realizzazione spirituale, come somma di manifestazioni formali, non possa appartenere che ad un individuo, lo Spirito generale risulta scisso nella sua essenza medesima, in quanto, se come idea di valore etico spirituale è riferibile alla collettività, come idea

---

(34) *Ivi*, pg. 10: « Der Gemeingeist ist ferner eine historische Erscheinung ».

(35) Come separare infatti Spirito e psiche quando si vuol concepire il primo in atto? Lo stesso Jerusalem ciò mostra di riconoscere e già nel primo lavoro citato, *Ueber den Begriff der Nation*, pg. 4, definiva tale Spirito come « eine Gesamtheit von Vorstellungen, Willens- und Gefühlserlebnissen ».

(36) F. W. JERUSALEM, *Der Staat* cit., pg. 10.

(37) Il problema dei rapporti tra individuo e collettività è divenuto certo uno dei fondamentali delle scienze filosofiche e sociali in genere. La disfatta del modo di concepire individualista è da intendere essenzialmente nel senso che l'uomo non può essere l'unica realtà su cui basare tutte le costruzioni di quelle scienze. Que-

in atto, cioè come fenomeno psicologico, compete invece all'individuo. Ecco che il binomio Spirito-collettività si trasforma nel trinomio Spirito-collettività-individuo, per il quale si richiede una chiarificazione più complessa e soddisfacente, a cui — si deve riconoscere — lo Jerusalem procede con intuito geniale.

La collettività è un organismo, vale a dire un tutto vivente unitario, complesso, composto di unità pur esse viventi. Ma per quale processo tale organismo si forma? Come le sue unità si compongono in una specie di fenomeno di cristallizzazione per formarlo? In virtù di un impulso tutto proprio, onde esso debba restare sempre subordinato alla forza di coesione individuale? No, assolutamente: non si tratta di una forza di coesione individuale generale che riunisce gli individui in una collettività, ma di un *quid* che è al di sopra di essi e che ad essi si impone, come la forza di gravità si impone ai corpi pesanti. Tale *quid* energetico superiore è il *Gemeingeist,* il quale, quindi, non può non presentarsi, secondo questo suo primo ed essenziale aspetto, che come principio, cioè o regola o volontà o forza o, comunque, qualcosa di idealmente superiore che governa il reale. « Con la vita ha in comune il fatto di non poter essere definito », conclude lo Jerusalem. Ma — potremmo domandarci — la vita che cosa è? Un principio, un'energia, una volontà, una norma? Certo è l'elemento che permette al reale di essere tale, imprimendogli la dinamicità. Così lo Spirito nei riguardi dell'organismo sociale; forza etica od economica o puramente mistica, volontà divina o semplice energia naturale, non importa; ma certo essenza complessa e forse successivamente scindibile e analizzabile, ma sempre essenza spirituale superiore. In una parola « Spirito ». Spirito che crea l'organismo, la collettività. Il « *Gemeingeist* non si identifica con la *Gemeinschaft.* Questa sorge per mezzo di quello » (38).

---

sto era un po' tenere gli occhi chiusi di fronte a dei problemi che apparivano solubili col solo ricorso ad elementi metafisici. Quanto poi alla soluzione di detto problema, si deve dire che esso sia di gran lunga precedente la concezione politica o etica (ideale) dello Stato e debba portare alla definizione generale di organismo sociale, senza appoggiarsi ad elementi aprioristici o di poco chiara percezione.

(38) *Ivi,* pg. 11.

Come si vede, lo Jerusalem ammette l'esistenza astratta di tale Spirito al di fuori e al disopra della stessa collettività, mentre per il Larenz, come per altri, collettività e Spirito obbiettivo erano tutt'uno sin dall'inizio. Solo che anche lo Jerusalem non può non essere obbiettivo nel suo idealismo: infatti, se Spirito e collettività non sono per lui logicamente identici, non possono poi da lui essere concepiti che insieme, in quanto il primo crea la seconda nell'istante in cui crea sé stesso. Sorge cioè e si sviluppa con essa, declina e si dissolve quando essa si dissolve. E', come principio di vita, pensabile isolatamente, ma non è concepibile come isolatamente esistente.

Con la creazione, quindi, della *Gemeinschaft* da parte dello Spirito collettivo questo entra automaticamente in relazione con i membri di quella e, pertanto, con lo Spirito individuale. Resta a vedere allora quale sia il rapporto tra Spirito generale e Spirito individuale. «Dallo Spirito generale scaturisce lo Spirito individuale (*Individualgeist*). Questo non è primario, ma secondario. Alla sua maniera di manifestarsi appartiene in particolar modo l'autocoscienza» (39). Si tratta, dunque, nel pensiero dello Jerusalem, di un rapporto di compenetrazione e di determinazione unilaterale. L'*Individualgeist,* perciò, non è una particella del *Gemeingeist* (40), ma una entità a sè stante da questo determinata: lo Spirito generale, anzi, trova la sua realizzazione nella determinazione degli Spiriti individuali.

Già si è detto che lo Spirito collettivo, realtà ideale immanente

---

(39) *Ibidem.* Sulla concezione del Volksgeist, come fenomeno di determinazione dell'Individualgeist, vedi anche H. LANGE, *Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat,* in *Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart,* Tübingen 1934.

(40) Nè deve dirsi che lo Spirito individuale, grandezza autonoma, contenga una parte graduata del Gemeingeist, che risulterebbe così frantumato tra gli Spiriti individuali. I due Spiriti, individuale e generale, sono due realtà indivisibili e coesistenti (infatti dice lo JERUSALEM che i periodi storici vanno distinti a seconda che domini l'uno o l'altro); nella collettività chiusa il Gemeingeist plasma l'Individualgeist, il quale tuttavia resta Spirito individuale. Ogni Individualgeist, in altri termini, rispecchia (più o meno) lo Spirito collettivo del gruppo in cui vive, ne contiene, direbbe un geometra, la sua proiezione. Pensiero questo che non è certo molto lontano da quello formulato dal BINDER e da noi riportato nella nota 15. Anche la concezione universalistica del BINDER si rivolge cioè ad uno speciale atteggiamento (di coscienza di membro) degli Spiriti individuali.

alla *Gemeinschaft,* creatore di essa, non ha capacità psicologica autonoma di realizzazione, la quale avviene, invece, in seno agli Spiriti individuali. Si giunge, per tale asserto, alla conseguenza logica che lo Spirito collettivo, immanente alla collettività, è in effetti da ricercare nei singoli, i quali ne appaiono i «comportatori» (*Mitträger*). Ed è appunto il fatto di «comportare» lo Spirito generale che provoca l'appartenenza dei singoli alla collettività; il che spiega lo stesso processo di creazione di questa da parte di quello (41). Poco oltre, infatti, lo Jerusalem dice: «Il *Gemeingeist* esercita una signoria in quanto determina il comportamento esteriore dei suoi portatori» (42). Determinazione che non è, però, uniforme ed egualmente dosata in tutti: come taluno può esserne totalmente sprovvisto (ad esempio un sovversivo), così altri si trovano (e sono i più) che ne sono a sufficienza permeati, mentre pochi (élite politica, *Führung*) lo possiedono in grado sempre maggiore, fino a colui (*Führer*) che ne è pienamente investito (43).

Da siffatta costruzione lo Jerusalem trae la sua teoria sulla rappresentanza politica. Questa non presume, come si potrebbe ritenere, l'incontro di due distinte e autonome personalità delle quali una agisce per l'altra, ma — egli dice — poggia sulla identità tra rappresentante e rappresentati in virtù del determinarsi dello Spirito individuale ad opera del *Gemeingeist* che è lo Spirito della collettività. Di conseguenza l'azione del singolo da questo Spirito provocata è di per sè stessa attività della collettività; di qui la inutilità di un qualsiasi processo attributivo di quella azione alla collettività. Al contrario un delinquente, il quale obbedisce al solo *Individualgeist,* non potrà mai agire per la collettività stessa (44).

---

(41) F. W. Jerusalem, *Ueber den Begriff der Nation* cit., pg. 4: «Dieser Kollektivgeist stellt sich als die Einheit des geistigen Erlebens dar, das in der einzelnen Kollektivität exsistiert und dessen Träger die Genossen sind, die zu dieser Kolktivität gehören».

(42) *Ivi*, pg. 11.

(43) Cfr. Bonnard, *Le droit e l'Etat* cit., pg. 429.

(44) Cfr. Jerusalem, *Der Staat*, cit., pgg. 256-258. Rappresentanza politica è pertanto «Erscheinungsform des Lebens der Gemeinschaft». Ci sia permesso

La proiezione quindi si presenterebbe in forma di imperativo nei riguardi dello stesso Spirito individuale, il quale si orienterebbe ininterrottamente secondo i propri impulsi, modificati però, di volta in volta, da detto impulso. Il continuo realizzarsi dello Spirito individuale secondo l'imperativo (*Herrschaft*) esercitato dallo Spirito generale ha per ambiente la collettività. «Lo Spirito ha a fondamento la vita dell'organismo. Solo in questa associazione è reale così lo Spirito collettivo come quello individuale» (45).

Sulla concezione dello Jerusalem non ci fermeremo più a lungo, dovendovi tornare nella parte seconda. Così pure alla portata scientifica ed al contributo che l'opera di questo scrittore fornisce non crediamo per ora opportuno accennare, riservando ogni critica alla conclusione.

---

tuttavia domandare come una tale costruzione della rappresentanza politica sia sufficiente per una chiara determinazione dei limiti del mandato o, comunque, dei vizi, soprattutto di merito, degli atti del rappresentante.

(45) *Ivi*, pg. 12.

Capitolo II.

I CONCETTI FONDAMENTALI

9. Dall'incontro, sul terreno filosofico-giuridico, dei due aspetti universalista ed obbiettivista, scaturisce un modo unico di concepire il tutto sociale di cui è centro e perno la collettività popolare (*Volksgemeinschaft*) (1). Questa rappresenta il punto di partenza delle varie teoriche elaborate intorno allo Stato dalla nuova dottrina tedesca. Se alcune differenze ricorrono, sono dovute soltanto alla diversa maniera di sviluppare l'idea fondamentale, la quale, però, rimane inalterata in tutti gli scrittori.

Questa concezione sociale, derivante dall'applicazione dell'universalismo e dell'idealismo obbiettivo è concezione organica. «Universalistico-organica» la qualifica, infatti, il Dietrich (2), mentre anche

---

(1) Anche il termine Volksgemeinschaft mal si traduce in italiano, poichè non significa semplicemente «collettività popolare», ma indica lo stesso popolo come unità organica, vivente. Una volta quindi stabilito il carattere organico del popolo, Volk e Volksgemeinschaft diventano due termini perfettamente identici.

(2) O. Dietrich, *Die philosophische Grund.*, cit., pg. 25: «Die universalistisch-organische Staatsauffassung findet ihren Niederschlag in der Lehre von der Volksgemeinschaft als Wesengrundlage des Staates». E seguita a proposito anche del

il Larenz afferma che il concetto di realtà dell'idealismo obiettivo sfocia nel concetto di organismo (3). Questo, però, in sostanza, resta non dimostrato e si riduce ad un presupposto, cioè a un assioma assunto e accettato allo scopo di facilitare la concezione. Non viene, in altre parole, preliminarmente spiegato che cosa sia un organismo per giungere in secondo tempo a dimostrare il perchè il popolo debba essere considerato tale, ma si procede direttamente alla concezione organica di questo, preferendo ad un concetto o ad una idea (*Begriff*) un modo di intendere (*Anschauung*).

Si rivela così l'inclinazione — caratteristica purtroppo poco soddisfacente dell'attuale dottrina tedesca — a negare alcuni principi e ad affermarne altri, non attraverso una critica negativo-costruttiva, ma puramente e semplicemente.

Si è visto come il *leit-motiv* di tutto il nuovo orientamento dottrinale sia la lotta contro l'individualismo: la concezione individualista, dopo essere stata tanto generalizzata da farle assorbire una intera metà della sfera definitiva del pensiero, viene demolita con la rassegna dei suoi difetti conseguenziali. Alla demolizione però non segue una ricostruzione, ma l'asserto nudo e crudo che la realtà sta nell'altra metà della sfera del pensiero che è, naturalmente, l'antitesi dell'individualismo. Ciò posto, si affronta l'analisi di tale concezione (universale, obbiettiva, organica e via dicendo) e l'esame dei suoi sviluppi unicamente per via di una esclusione negativa e non mediante una costruzione positiva. Nel che, di certo, va per lo meno riscontrato dell'intuizionismo: per usare lo stesso termine tedesco, il filosofare è in origine un puro modo di intendere, cosicchè la filosofia si presenta come *Weltanschauung*.

Ma, come di recente asseriva il Prof. Emge nelle sue lezioni all'Università di Berlino, il concetto di organismo sembra essere precluso ad ogni incursione men che superficiale della speculazione uma-

---

diritto: « Von der Gemeinschaft, nicht vom Individuum, leitet auch die Rechtswissenschaft ihre Prinzipien und Grundsätze ab ».

(3) K. Larenz, *Rechts- und Staatsph.* cit., pg. 162: « Der Wirklichkeitsbegriff des objektiven Idealismus ist am Organismusbegriff ausgerichtet ».

na. Filosofi e sociologi, infatti, aderenti alla concezione universalistica della realtà hanno tentato di darne una definizione, senza peraltro mettersi d'accordo. Da una concezione puramente ideale si è passati ad un'altra essenzialmente naturalistica, ma mai si è riusciti a trovare un punto fermo e definitivo.

E, allora, come si devono giudicare le varie concezioni organiche, se il loro nucleo centrale non è chiaro e preciso? Non riteniamo, in linea generale, che ciò costituisca un grave difetto, per una considerazione molto semplice: secondo noi il concetto di organismo è tra i finali basilari a cui lo scienziato si deve decidere a dedicarsi fino in fondo. In altri termini, organismo e binomio singolo-collettività (altrimenti individuo-Stato) non rappresentano che un unico problema da risolvere. Oggi si è finalmente convinti che con il solo concetto di individuo non si esaurisce la realtà, ma che qualcosa d'altro è al di sopra di esso: collettività, nazione, popolo, Stato. Rimane a stabilire che cosa sia il « trascendente » l'individuo e quale il rapporto dell'uno con l'altro: risolto il quesito si può pervenire al concetto di organismo, il quale resta in ogni caso concetto finale, anche se taluni metodi filosofici lo presentano come semplice presupposto.

10. Ulteriore caratteristica della concezione organica è la maniera di considerare la collettività non come semplice « organismo sociale » (espressione che farebbe pensare ad un « organismo artificiale »), ma come « organismo reale » (4). Ciò è in diretta corrispondenza al concetto di *obiektiver Geist* o di *Gemeingeist*: il quale, in-

---

(4) Così anche il Binder (*System* cit., pgg. 193 sgg.) che cerca di evitare ogni contrasto proprio dell'idealismo subbiettivo tra Spirito e Natura, per giungere al concetto di una « unità reale e vivente ». Egli afferma così che il tutto sociale coincide con un « natürlichen Organismus als einer Lebenseinheit ». Con tale ultima formulazione si può dire che anche il Binder sfoci nell'Idealismo obbiettivo. Egli stesso infatti definisce l'Idealismo « nicht nur als ein theoretisches System, sondern zugleich als politisch bedeutsame Macht » (pg. 197). Quanto alla distinzione tra Gemeinschaft e Gesellschaft, come fenomeni rispettivamente naturale ed artificiale, deve dirsi che non è nuova; vedi al riguardo R. Aron, *La sociologie allemande contemporaine* nella « Nouvelle Encyclopédie Philosophique », N. 7, Paris, 1935.

fatti, come realtà spirituale autonoma, creatrice della *Gemeinschaft,* sottrae a questa qualunque possibilità di essere concepita come meccanismo o anche come organismo artificiale, per renderla innanzitutto una entità concreta da cui nessuna scienza sociale deve assolutamente prescindere.

Già si è osservato che nello Jerusalem il *Gemeingeist* si presenta in maniera organica, in quanto il tutto non elimina la parte: lo Spirito individuale seguita a sussistere determinato dallo Spirito collettivo e la fusione si riduce a compenetrazione di elementi e non già ad assorbimento totale di uno da parte dell'altro. Al tempo stesso, per contro, le parti non hanno capacità di vita propria e non sono concepibili, per conseguenza, se non in quanto dalla loro coesione risulta un organismo, allo stesso modo che le cellule organizzate in un corpo animale, pur costituendo entità singole da questo distinguibili, in tanto hanno vita in quanto sono parti di esso. Tale, nei riguardi della differenziazione tra « organismo reale » e « meccanismo » (« organismo artificiale »), ci sembra sia la conclusione esatta del pensiero dello Jerusalem, anche se non espressamente enunciata. Per questo autore la organicità della collettività ha tuttavia un carattere essenzialmente etico, giacchè esiste a causa della signoria dello Spirito generale su quello individuale; però non mancherà l'inserzione di elementi che — come la razza — verranno a concretizzarne la nozione.

La concezione organica presenta invece la collettività come una realtà materiale, prescindendo da ogni fusione tra Spirito individuale e generale, nel Krieck; il quale, dopo avere insistito sulla profonda differenza fra organismo animale ed organismo sociale, si accinge alla definizione o, più esattamente, alla descrizione di quest'ultimo (5).

Contrassegni di esso, a suo parere, sono: 1) l'unità della vita e del volere in un tutto complesso di cui i membri componenti ricevono e rispecchiano, nella loro forma specifica e nelle loro specifiche

(5) E. Krieck, *Der Staat der deutschen Menschen,* Berlino 1933, pgg. 33 e sgg.

funzioni, la forma; 2) l'assoggettamento della parte al tutto e, in pari tempo, l'autonomia assoluta dei membri in relazione alle loro caratteristiche e alle loro funzioni particolari; 3) il rapporto di piena attiva reciprocità tanto fra i membri quanto tra essi e il tutto; 4) infine, l'autodeterminazione e, in conseguenza, la libertà di sviluppo di quelli e di questo.

Svolgendo la sua costruzione organica che diviene concezione organica dell'Universo, in cui ogni singola realtà deve essere in tutti i casi considerata come parte organica di un tutto superiore (6), il Krieck afferma che anche ogni singola unità uomo è nella sfera sociale dominata da una forza di coesione con le altre unità uomo.

Una società così organicamente intesa è una *Gemeinschaft,* il cui concetto si distingue essenzialmente — e ciò è ammesso da tutta la dottrina — da quello più generico di società, appunto per il carattere organico che le è proprio. Da siffatta concezione si discende facilmente a quella più specifica di *Wolksgemeinschaft,* che indicherà peculiarmente la collettività organica costituita da un determinato popolo, in cui altri elementi, e prevalentemente quello razzista, entrano in campo.

11. Il termine *Volk* contrassegna un concetto assai vasto ed elastico, tanto che, più esattamente, si potrebbe parlare di concezione suscettibile di numerose modifiche. Gli stessi scrittori tedeschi versano a volte in difficoltà quando vogliono distinguere la nozione di *Volk* da altre affini (come quelle di Nazione o di Stirpe) che da molti di essi sono addirittura riunite in quella complessa, esauriente di *Volksgemeinschaft.* In ogni modo, essendo generalmente applicato al popolo il concetto di collettività organica e vivente, se ne respinge qualsiasi concezione individualista appartenente alla *forma mentis* che dalla rivoluzione francese dilagò per tutto il XIX secolo. Così è condannata l'affermazione del Renan che « l'existence d'une Nation est

---

(6) E. KRIECK, *Völkisch-politische Antropologie,* Vol. I, Leipzig 1936, pgg. 40 sgg.

un plébiscite de tous les jours », perchè vi si riscontra un « vano tentativo di fondare la realtà sulla volontà individuale escludendo ogni nozione separata di popolo » (7).

A questa, invece, tende sopra tutto e definitivamente la nuova dottrina tedesca: ad esempio, il Liemann che, accogliendo già l'idea di uno Spirito generale, diceva che « il popolo, contrariamente alla popolazione, è qualcosa di indivisibile » (8). Ma ciò non sta a significare che esso sia una unità psicologica, animata, come per il Savigny, da uno Spirito proprio diverso ed autonomo dallo Spirito individuale (9), nè che sia il popolo stesso uno Spirito obbiettivo alla maniera del Wundt, avvolgente e includente i singoli. Il popolo, che è quanto dire la Nazione, è invece una collettività spirituale creata da determinati fattori storici; tali, essenzialmente, la razza, lo Stato e la cultura (10). Di essi lo Stato è il principale.

Già nel Liemann, dunque, si profila del popolo, come Nazione, un concetto unitario. Ma l'unità riscontrata è puramente spirituale e trova la sua realizzazione nell'individuo e non fuori di esso. Per il Liemann, infatti, « lo Spirito generale è coevo all'uomo e questo contraddistingue come essere sociale. Ciò indica che l'uomo, in quanto possiede tale Spirito, fa parte di una collettività spirituale da cui non può essere astrattamente staccato; ma non vuol dire che si debba procedere dalla collettività come *prius,* attribuendole una realtà materiale unitaria o uno Spirito unitario a sè » (11). Concludendo, non si è ancora conquistata un'idea universalista e organica del popolo, nonostante la professata opposizione alla maniera di intendere individualista. Essa sorgerà più tardi quando si affermerà che la collettività e, quindi, il popolo come tale sono il *prius,* mentre l'individuo è il *posterius.*

---

(7) H. Liemann, *Das deutsche Volk,* Berlin, 1927, pg. 24.

(8) *Ivi,* pg. 16.

(9) *Ivi,* pg. 19: « Non v'è alcun rappresentante della Scuola del diritto naturale che abbia attribuito al popolo un proprio Spirito » (psicologicamente inteso).

(10) *Ivi,* pgg. 28 sgg.

(11) *Ivi,* pg. 18.

A parte il processo formativo del popolo, in cui elementi storici, politici, biologici, naturali, ecc. possono rientrare e sono sempre inclusi dalla dottrina, la sua nozione nella sua realtà e perfezione consiste, ormai, negli ultimi sviluppi del pensiero tedesco, non soltanto, come era in principio, in una unità ideale e spirituale e quindi reale nel fondo stesso dello spirito umano, ma in un organismo sociale concreto vivente con determinate caratteristiche. Tuttavia la nozione di popolo come organismo sociale è costantemente presentata in unione con i fattori della sua nascita e del suo sviluppo; e ciò perchè questi contengono gli stessi elementi discriminatori dell'organismo in esame. Alcune associazioni, infatti, (la famigila, la corporazione, ecc.) possono essere intese come organismo, ma non ognuno degli organismi da esse formati è un popolo. Non basta, adunque, dire che il popolo è un organismo: è necessario stabilire di quale organismo si tratti: occorre cioè darne i caratteri. I quali non possono essere ricercati che al di fuori di ogni indagine filosofica.

Seguendo il pensiero del Krieck, che è senza dubbio uno dei più lucidi e completi, si vede come la ricerca filosofica e quella empirica della nozione di popolo vengano in un certo punto ad incontrarsi. « Un popolo — egli afferma — non è una somma, non è una meccanica compagine di singoli in sè stessi autonomi e finiti, ma è piuttosto personalità unitaria superiore, realtà superindividuale realizzata attraverso le condizioni comuni di vita: la comunità delle origini, delle vicende, degli ordinamenti, della lingua, del contenuto spirituale, dei valori, dei fini, della coscienza e della volontà » (12). La superiore ed unitaria personalità del popolo tedesco è il *völkisch-politisches Gemeinwesen der Deutschen* ». « Il popolo è il fondamento della vita e del destino dei suoi membri, ognuno dei quali perfeziona in lui le proprie determinazioni personali e la ragione della propria vita » (13).

Esso, dunque, se è una unità percepibile al di fuori e al di sopra

---

(12) E. KRIECK, *Der Staat der deutschen Menschen* cit., pg. 34.

(13) E. KRIECK, *Völkisch-polit. Antrop.* cit., Vol. I, pg. 52.

dei singoli individui, non è tuttavia qualcosa di dato e di assoluto, ma realtà soggetta a un determinato decorso di formazione dipendente da una infinità di cause. Rappresenta un fenomeno storicamente complesso e mutevole, il cui nascere svilupparsi e declinare è il prodotto dell'avvicendarsi di vari elementi. Quindi, anche il popolo tedesco, secondo il Krieck, non è «originario», come per esempio aveva affermato il Fichte, ma, alla pari di tutti gli altri popoli, è un prodotto della storia stessa. «Non si dà alcun popolo tedesco prima di un nome tedesco, di una lingua tedesca, di uno Stato tedesco. Il popolo tedesco non è presupposto, principio e causa naturale della storia tedesca, ma fine e missione di questa» (14). *Volk* e *Nation* sono pertanto anche per il Krieck due espressioni di uno stesso concetto.

Riassumendo: popolo (o Nazione) è un organismo sociale dinamico, creato dal concorso di fattori biologici, culturali e politici.

Uno sdoppiamento, invece, dei due concetti si trova nel Koellreutter (15) che definisce il popolo come una collettività determinata dal destino comune (*Schicksalsgemeinschaft*) — attraverso una serie di elementi pressochè eguali a quelli elencati dal Krieck — e considera la Nazione come un popolo più perfetto, in quanto alla organicità, accentuata dall'elemento culturale, si aggiunge l'autocoscienza. Sulle tracce dello Spengler egli soggiunge: «Un popolo nello stile di una cultura, un popolo storico dicesi Nazione» (16).

Questa del Krieck e del Koellreutter è la nozione che di popolo e di Nazione si ha nel campo strettamente filosofico e sociale. Vedremo che modificazioni non indifferenti interverranno allorchè da tale campo si passerà alla sfera prettamente giuridica e statale (17).

---

(14) *Ivi*, pg. 22.

(15) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verfassungsrecht*, Berlino 1936, pg. 67.

(16) *Ivi*, pgg. 66 e 72: «Nation ist dann das Volk, das sich als Wesensgemeinschaft bewusst, vor allem gegenueber anderen Völkern, als politische Willensgemeinschaft empfindet».

(17) Per una notizia più vasta sull'odierna concezione popolare tedesca, vedi, oltre all'opera dell'ARON cit., lo scritto di G. GURVITCH, *Les tendences actuelles de la Philosophie allemande*, Paris 1930; nonchè U. SCHEUNER, *Le peuple, l'État, le droit et la doctrine nationale-socialiste*, nella «Revue de droit public et de la

12. Un fattore tuttavia che merita speciale attenzione perchè predominante sugli altri è, in seno al processo di formazione storica di un popolo e, quindi, di una Nazione, la Razza. Infatti l'elemento razzista, più o meno accentuato e in vario modo inserito nella *Weltanschauug* filosofica e sociale, figura in ogni caso.

Come con molta chiarezza nota il Larenz (18), l'idealismo obbiettivo dell'attuale filosofia, avendo a nozioni fondamentali quelle di organismo e di Spirito generale, ha questo bisogno di affidare a elementi concreti e materiali (empirici), senza di che si ricadrebbe in un idealismo subbiettivo e si finirebbe per impegolarsi ancora in un dualismo tra spirito e materia, soggetto e oggetto. Ordunque, in questa fase di saldatura della filosofia con le scienze empiriche, non si aprono che due vie: l'una che si può chiamare scientifico-spirituale (*geisteswissenschaftlich*), l'altra scientifico-naturale (*naturwissenschaftlich*). «La prima — dice il Larenz — è quella che raggiunge la definizione del *Volksgeist* attraverso elementi spirituali (il diritto, la morale, la costituzione e la struttura sociale, l'arte, la scienza, la religione, ecc.); la seconda è fondata invece sui principi biologici di razza». E, per l'autore, i due aspetti non devono essere tenuti separati, come nel secolo XIX, ma vanno fusi, dato che l'opera di tutti i principali rappresentanti delle teorie razziste, a partire dal Gobinau e dal Chamberlain fino ad Hitler e a Rosenberg, ha dimostrato che la radice biologica della nazionalità (*Volkstum*) sta nella razza. Tale abbinamento, del resto, si riscontra anche in altri scrittori: soltanto pochi però insistono esclusivamente sull'elemento razza. Già il Krannhals (19), infatti, affermava che *Natur* e *Geist* non sono affatto contrapposti, ma conciliati tra loro.

La concezione organica ideale-naturale del popolo non significa

---

science politique», 1937, pgg. 38-57; F. FEDERICI, *Nazionalsocialismo*, cit.; L. LARMANN, *Nazione e Stato nella moderna sociologia tedesca*, in «Lo Stato», 1933, pg. 444.

(18) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pgg. 130 sgg.

(19) P. KRANNHALS, *Der Organische Gedanke als weltanschauliches Prinzip*, Frankfurt 1936.

d'altro canto — sempre secondo il Larenz — distacco dalla tradizione idealista dello spirito tedesco, ma è la conseguenza e lo sviluppo di essa (20). Il Larenz, dunque, che accoglie l'idea di un *Volksgeist* come potenza immanente alla collettività popolare, non prescinde nella definizione finale di questa dall'elemento biologico (21). E su tale fusione insiste anche l'Hildebrand, il quale parla di *Rasse* ed *Heros* come « Rundpole des staatlichen Daseins ».

Tra coloro che, al contrario, fondano lo Spirito collettivo esclusivamente sull'elemento razza è il Nikolai. Questi si oppone nettamente alla scuola storica e a quanti, come il Liemann, avevano fatto della razza un elemento secondario conseguenziale, creato dallo Stato e dalla cultura (22). Per lui lo Spirito del popolo è addirittura « anima della razza » (*Rassenseele*), elemento spirituale dipendente esclusivamente dai caratteri biologici di un popolo (23). La *Rassenseele* si estrinseca nei singoli individui per mezzo della coscienza e del sentimento. Si tratta di una qualità innata, di un impulso (*Trieb*) e di un

---

(20) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pgg. 130 sgg.: « Konsequente Fortbührung der tiefsten Einsichten, die gerade der deutsche Geist bereits grundsätzlich ueber das Verhältnis von Idee und Erscheinung in sachlicher Arbeit gewonnen hat ».

(21) *Ivi*, pg. 163: « (Der Volksgeist) erscheint hier... als die konkrete Substanz eines überindividuellen und zugleich bestimmten Lebens, als das Lebensgesetz und die schöpferische Kraft einer Rasse, eines Volkes, einer konkreten Gemeinschaft. Blut und Geist dürfen dabei sowenig wie Idee und Exsistenz des Volkes als getrennt gedacht werden ». Il sistema filosofico generale è applicabile dunque alla concezione del popolo. Inscindibili sono lo Spirito di una collettività e il sangue che scorre in essa: c'è un punto in cui Spirito e materia si confondono; è questa, del resto, la concezione dell'Einstein!

(22) Il LIEMANN, riallacciandosi al CHAMBERLAIN, sostiene infatti che è la Nazione, come formazione politica, cioè come Stato, che crea la razza. D'altra parte però sono lo Stato e la razza prodotti a loro volta di una Kultur in senso assai vasto, che forma pertanto, in ultima analisi, il contenuto dello Spirito del popolo (*op. cit.*, pgg. 29-31).

(23) H. NIKOLAI, *Die rassengesetzliche Rechtslehre. Grundzüge einer nationalsozialistischen Rechtsphilosophie*, München 1932, pg. 26: « Der Volksgeist ist eben tatsächlich durchaus keine « vage » und « mystische » Idee, sondern unter dem Gesichtswinkel der Rasse eine vollkommene fassbare Grösse, die man Rassenseele genannt hat und deren Wirken im Geistsleben der Völker und in der Geschichte ueberall feststellbar ist ».

istinto che viene a regolare il comportamento esteriore degli uomini. Si è, nel contenuto, vicini allo Jerusalem, da cui però permane integro il distacco in quello che riguarda la natura dello Spirito collettivo. «Questo — dice infatti il Nikolai — emana dalla stessa legge della vita, è biologico, vitale, fondato nella razza» (24).

Non ravvisiamo però l'opportunità, per il nostro tema, di soffermarci sulla attuale dottrina razzista tedesca, sui suoi precedenti, sui suoi motivi e sulle sue concrete formulazioni (25). A noi basta aver notato come l'elemento razziale si inquadri, dal punto di vista strettamente filosofico-giuridico, nella dottrina nazionalsocialista dello Stato e come si accordi, concorrendo anzi a perfezionarlo, col nuovo concetto romantico di diritto (26).

Crediamo invece utile soggiungere che quel particolare aspetto della dottrina razzista che si considera come «mito» e che ha raggiunto il colore e il tono di una religione avente per deità fondamentale il *Blut und Boden* (27), non è assolutamente un motivo ritrovabile nella filosofia che esaminiamo. Il fatto di accoglierlo a sostegno e a completamento delle proprie formulazioni non trascina queste nel mitico, ma, se mai, solo ne rinsalda la posizione metafisica contenuta nel concetto di Spirito obbiettivo. Essa perciò, pur potendo offrire vasto fianco alla critica, rimane essenzialmente filosofia, cioè scienza, speculazione intellettuale ed asentimentale, ripudiante non solo ogni

---

(24) *Ivi*, pg. 27.

(25) Per una nozione soddisfacente delle attuali teorie tedesche sulla razza, oltre alle opere fondamentali di A. HITLER, *Mein Kampf*, Monaco 1935 e del ROSENBERG, *Der Mythus des 20. Jahrhunderts*, Monaco 1935, si vedano: H. NIKOLAI, *Die rassengesetzliche Rechtslehre* cit.; H. F. K. GÜNTHER, *Kleine Rassenkunde des deutschen Volkes*, Monaco 1933; G. RUELE, *Rasse und Sozialismus im Recht*, Berlin, 1935. Per la letteratura italiana e straniera: F. FEDERICI, *Nazionalsocialismo* cit.; M. BENDISCIOLI, *Neopaganesimo razzista*, Brescia 1937; R. CAPITANT, *L'idéologie nationalsocialiste*. cit.; L. PERROUX, *Les Mythes hitleriens*, cit.; BALK, *Races, Mythes et verité*, Paris 1935; A. BEGUIN, *Le nouveau paganisme allemand*, in «Revue de deux mondes» 15-5-1935.

(26) Cfr. proficuamente G. STOFFEL, *La doctrine de l'État raciste* negli «Archives de Phil. du Droit et de la sociol. juridique» 1936, II, pgg. 201 sgg.

(27) Su tale espressione, che mal si traduce con «sangue e terra», cfr. C. SCHMITT in *Gli Stati europei a Partito politico unico*, Milano 1936, pg. 49.

mistificazione o degenerazione, ma tutti quegli elementi (di fede, di misticismo, ecc.) che la farebbero ascientificizzare, estendendo la possibilità di censura dal puro campo della scienza a quello della morale, del sentimento e della religione.

E' in questo senso sopratutto che abbiamo all'inizio formulato la distinzione tra una filosofia storicamente e dialetticamente sobria ed una pseudo-filosofia, meglio nominabile dottrinarismo politico empirico, semplicemente polemico e anche — diciamolo con franchezza — contrastante con la più sana e feconda conquista dell'etica cristiana.

13. Completata, con l'elemento razzista, la nozione di popolo, possiamo dedurre il concetto definitivo a cui più o meno all'unisono giungono gli attuali filosofi e sociologi tedeschi ed a cui i giuristi direttamente e in sostanza si riallacciano. Esso è, come si è detto, quello di *Volksgemeinschaft* ed è conseguibile mediante l'applicazione delle varie nozioni date finora, fondendo quella universalistico-organica di collettività (cui è inerente, come si è visto, l'idea di uno Spirito obbiettivo o generale) con quella biologico-politico-culturale di popolo (28). Il risultato sarà, come il termine *Volksgemeinschaft* esprime, la nozione di una realtà organica (etico-biologica) al di sopra dell'uomo cui appunto il nuovo idealismo obbiettivo e l'universalismo miravano. Risultato di tutta una nuova elaborazione filosofica e, perciò, nozione complessa e finita.

Intesa così, la collettività popolare si presta ad essere animata da uno Spirito in continua efficienza che le attribuisce il carattere di dinamicità.

Come tale Spirito si estrinsechi e come si perfezioni nei campi politico e giuridico sarà detto tra poco. Resta fermo intanto (nel che, ad onta delle differenze che vi si incontrano, l'attuale dottrina si mostra essenzialmente erede del pensiero della Scuola del Savigny) che uno Spirito popolare, o collettivo, o obbiettivo, esiste come fenomeno storico, come idea in atto, sì che ad esso debbano essere riportati e con esso spiegati i fenomeni fondamentali della vita del popolo.

(28) Cfr. in tal senso anche il BONNARD, *op. cit.*, pg. 415.

Tutto ciò che a questo si riferisce ed è con la sua vita collegato promana da uno Spirito costantemente animatore. Non esistono categorie astratte puramente razionali. Ogni fenomeno spirituale relativo alla società è creazione del popolo come realtà attiva.

Su queste basi sono spiegate e inquadrate nella *Weltanschauung* filosofica l'essenza e le origini del diritto e dello Stato.

14. Sul concetto fondamentale del diritto il nuovo pensiero tedesco è perfettamente coerente con l'indirizzo finora esaminato. La precisazione dell'essenza del diritto concentra in sè — come si legge nel Larenz — la oramai netta e radicale opposizione al positivismo in cui si fa rientrare tanto la scuola neokantiana di Marburg quanto il purismo giuridico del Kelsen. Si delinea — specialmente in contrasto con la « Geometrie der Rechtserscheinung » — una vivace inclinazione alla dinamicità e alla concretezza che derivano rispettivamente dalle due tendenze fiorite in Germania già prima della Rivoluzione: la fenomenologica e la teleologica (29). Non si assumono tali punti di vista per conciliarli e per raggiungere un sistema completamente nuovo — sia pure eclettico — di intendere il diritto alla maniera, ad esempio, auspicata del Leibholz (30), ma se ne fa, come vedremo, l'applicazione alla concezione romantica tradizionale, curando di evitare qualunque deviazione da questa.

(29) Cfr. K. Larenz, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 15. Secondo questo autore nella scienza giuridica tedesca è sorta l'opposizione al positivismo innanzitutto nel campo del diritto pubblico. Così, ad es., il Kauffmann rimarcò il formalismo e la unilateralità della scuola neokantiana e di quella viennese. Lo Smend sostituì alla dottrina purista del Kelsen la sua « Teoria dell'integrazione », mentre lo Schmitt affermò la realtà della politica in opposizione ancora alla scuola viennese. Su queste tendenze della filosofia giuridica, sorte già prima della Rivoluzione, vedi N. Bobbio, *L'indirizzo fenomen. nella fil.* cit., e del medesimo autore *Aspetti odierni della filosofia giuridica in Germania* nella « Riv. Int. di Filos. del Dir. » 1937; inoltre R. Treves, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto,* nella « Riv. intern. di Fil. del Diritto », XIII, fasc. IV-V. Noi ne faremo un cenno critico nella conclusione.

(30) Cfr. G. Leibholz, *La formazione dei concetti nel diritto pubblico,* nella « Riv. int. di fil. del Diritto », XI, pg. 273, il quale appunto sostiene che per una concezione completa e soddisfacente dei concetti giuridici occorre integrare il metodo teleologico con quello fenomenologico.

Quello che più sta a cuore ai filosofi del diritto è la sua concretezza nel quadro di un idealismo obbiettivo. Dunque, non si avversa il positivismo per tornare ad una concezione giusnaturalistica — dato che positivismo e diritto naturale astraggono dalla realtà del diritto (31) — ma per giungere ad una maniera di intendere quest'ultimo come fenomeno concreto, popolare, con suoi fini da conseguire: volontà costantemente in atto e non pura composizione di elementi astratti e formali; fenomeno sociale e politico (cioè storico) e non di elaborazione mentale.

Un tentativo, del resto, di concepire il diritto come sintesi di forma intellettiva e di realtà storica, fenomenica, concreta è stato compiuto dallo stesso filosofo hegeliano Julius Binder (32). Più chiara è, tuttavia, la formulazione dell'idealismo obbiettivo nel Larenz.

Questi, infatti, afferma che anche il diritto è idea e realtà insieme (*Idee und Wirklichkeit in einem*) e che l'idea, secondo appunto la nuova *Welterkenntnis,* cessa di essere un principio astratto o una pura rappresentazione per divenire « potenza creatrice di un vivente *Volksgeist* ». La realtà, a sua volta, non è più alcunchè di esteriore, ma « attuazione concreta dell'idea » (*Erscheinung der Idee, Konkretion*) (33). *Volksgeist* e diritto sono, adunque, strettamente connessi; nel Larenz il secondo è prodotto dal primo ed è posto, perciò, a servizio della collettività (34).

Il fenomeno giuridico è schiettamente spirituale, ma è reale e non può essere contenuto e tanto meno esaurito, contrariamente all'opinione della scuola viennese, in un sistema di rapporti astratti fra individui, in un puro dover essere (35), ma va concepito come « forma

---

(31) Cfr. K. Larenz, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 151.

(32) J. Binder, *System der Rechtsphil,* cit., pg. 277, il quale sostiene infatti di non dover più considerare il diritto come una « Zwangorganization zum Schutze der Freiheit der Einzelnen », bensì come la « notwendige Form des wirklich seienden Ganzes, das Ganze in seiner Ganzheit ermöglichend ».

(33) K. Larenz, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 156.

(34) *Ivi,* pg. 165: « Auch das Recht ist Schopfung und Gestaltung des völkischen Geistes und dient der Gemeinschaft ».

(35) Ma l'opposizione è netta contro tutta la concezione individualista posi-

ed aspetto della collettività popolare » come « ordine concreto » fondato sulla particolare coesione esistente tra singoli e tutto (36). Deriva da ciò la definizione del diritto come « forma di vita della collettività popolare », reale ed essenziale ordinamento di questa; quindi, non solo un « dover essere » (*Sollen*), ma altresì un « essere » (*Sein*) (37). Il diritto cioè è « la forma nella quale e attraverso la quale la *Volksgemeinschaft* indirizza e plasma in modo unitario la propria vita collettiva »; di conseguenza, è inseparabile dalla vita della collettività: « è, anzi, questa stessa vita nella sua forma e nel suo ordine, un particolare momento di detta vita ».

Ora, tale concretezza nella nozione del diritto deriva non soltanto da una generica necessità teorica di rielaborazione, ma anche e specialmente dalla riforma giuridica positiva. « Questa — scrive il Larenz — non può lasciare intatte le fondamenta della scienza del diritto ». Si vuol realizzare, con tale rinnovazione teorico-pratica, la sutura della soluzione di continuo dapprima esistente tra popolo e diritto e si giunge ad un'idea di questo che corrisponde tanto alla concezione morale del popolo tedesco quanto alle sue necessità di vita e può, quindi, essere contenuta nella formula di « vero diritto tedesco ».

In ciò si precisa il carattere fenomenologico ed insieme finalistico di cui si riveste tutta la dottrina. Osserveremo a suo luogo come, però, questo carattere sia immerso nella confusione tra il concetto ideale

---

tiva. Poco prima infatti il LARENZ dice (*Ivi*, pg. 154): « Das Recht, das der Positivist allein im Auge hat, also die Gesamtheit der Rechtsvorstellungen, Gesetze und Entscheidungen, die in einer Gemeinschaft, in einem bestimmten Zeitpunkt empirisch vorhanden sind, ist als die Darstellung und Verwirklichung einer darin erscheinenden schöpferischen Macht anzusehen, die als konkrete Idee der Rechtsgeist des Volkes, der Volksgeist als das bestimmende Prinzip des Gemeinschaftslebens ist ». Appare dunque il diritto come lo stesso Spirito del popolo nella sua determinazione giuridica, cioè come Rechtsgeist. E questo è inteso in maniera essenzialmente storica e dinamica: « Der völkische Rechtsgeist tritt uns in seinen Äusserungen im positiven Recht und in der völkische Rechtsgeschichte entgegen ». Di qui una seconda distinzione in seno alla attuosità del diritto (diritto e norme positive), che vedremo più avanti.

(36) K. LARENZ, *Rechtsperson und subjektives Recht*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlino 1935, pg. 239.

(37) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 3.

del diritto ed il fine pratico cui, viceversa, un determinato ordinamento positivo tende: cioè tra il lato deontologico e quello teleologico.

La completa connessione tra popolo e diritto dipende anche dalla marcata accentuazione dell'universalismo contro l'individualismo purista e psicologista. Infatti, la realtà costituita dal diritto « non è creata — il pensiero è sempre del Larenz (38) — da atti psicologici, nè si risolve in una serie di entità psicologiche, poichè l'essenza del diritto non appartiene giammai al singolo come tale, ma sempre alla collettività ». E il rapporto tra questa e diritto non è di soggezione esterna, ma è vitale e interno. Non si può dire, quindi, che la collettività viva secondo il suo diritto (*nach ihrem Rechte*), giacchè, se così fosse, si ripristinerebbe il dualismo tra il diritto come regola e la vita di quella; ma si deve dire piuttosto che la collettività vive entro il suo diritto, per mezzo del suo diritto e con il suo diritto (*in ihrem Rechte, durch ihr Recht und mit ihrem Recht*) (39).

15. Una così piena fusione tra l'organismo sociale e la sua vita giuridica è possibile in quanto il diritto, nel suo intimo contenuto, è ritenuto fenomeno etico. Anche il Krieck (40) nota che « alla radice della sua prima origine il diritto non è assolutamente altro che morale ». Nel Larenz la natura etica di esso è meglio e più particolarmente esposta. Egli scrive: « Secondo la concezione tedesca non è il diritto un fatto del libero arbitrio e nemmeno dell'esterna proporzionalità ai fini della utilità, ma un ordine di vita strettamente legato con la vita morale e religiosa della collettività; ordine di vita che si presenta ai singoli con una propria valida coercizione (*Geltungsanspruch*) e li lega intimamente » (41).

Nè la eticità del diritto è dal nuovo idealismo acquisita al di fuori della tradizione romantica. Prosegue, infatti, il Larenz dicendo che,

(38) *Ivi*, pg. 19.
(39) *Ivi*, pg. 20.
(40) E. Krieck, *Völkisch-politische Antrop.* cit., II, pg. 31.
(41) K. Larenz, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 5. Anche per lo Jerusalem il diritto è, come vedemmo, qualcosa che investe in pieno la Gemeinschaft chiusa: « Hier ist alles sinnhafte Verhalten zugleich auch Recht » (*Der Staat* cit., pg. 59).

nonostante alcune diverse sfumature di pensiero, in Kant, in Hegel e nella Scuola storica del diritto, nella sua intrinsicità questo è sempre riconosciuto come strettamente collegato alla morale e, per vero, a una morale che non è fenomeno individuale, ma è anch'essa «forma di vita della collettività»; cioè, con le parole di Hegel, *der wirkliche Geist einer Familie und eines Volkes*. Diritto, quindi — ecco la risultante — come fenomeno intimamente morale universale, realizzazione dello Spirito generale obbiettivo nella sfera pratica.

A questo punto però risorge la dibattuta questione della maniera di distinguersi del diritto dalla morale. Qual'è la risposta della nuova filosofia? La più semplice: la distinzione consiste esclusivamente nel fatto che il diritto «è quella parte dell'ordine morale-obiettivo che viene dalla collettività nella sua forma giuridica (*Rechtsgemeischaft*), applicata e sancita per mezzo di determinati organi» (42). Il diritto, pertanto, si identifica per la sua potenza di attuarsi (43); cioè, a differenza della morale, non può essere concepito che in atto, perchè altrimenti si risolverebbe — dice il Larenz — in un puro ed impotente dover essere (44). Quindi morale e diritto — che nella loro natura interiore sono la medesima cosa — perverrebbero a differenziarsi solo in quanto non tutto il fenomeno morale universale si proietta all'esterno come forza di coercizione, ma per una parte, nella quale precisamente consiste il diritto.

Senonchè, in due momenti lo svolgimento logico del pensiero del Larenz non appare troppo conseguente.

Anzitutto — se tra morale e diritto esiste una differenza nella attuosità che è propria solo del secondo — come può il puro fenomeno morale (che, del resto, è anche puro fenomeno giuridico) essere incluso nella cornice della concezione obiettiva dello Spirito? Intendiamo dire: tutto quanto non otterrà una realizzazione in che cosa più propriamente verrà a consistere, dato che l'intero Spirito obbiettivo è con-

---

(42) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 21.

(43) *Ibidem*: «Rechts ist nicht ohne Rechtsverwirklichung als gewollter Tätigkeit der Gemeinschaft».

(44) Cfr. anche SCHOENFELD, *Die logische Struktur der Rechtsordnung*, Leipzig-Berlin 1927.

cepito come idea in atto? E' qui che effettivamente la concezione etico-giuridica del diritto data dal Larenz difetta di chiarezza, a meno che nel fatto dell'attuarsi di quello non si voglia vedere la sua capacità coercitiva. Si ricadrebbe, però, nella vieta e discussa maniera di discriminare diritto da morale (45).

Il secondo punto oscuro — comune, in verità, a tutta la dottrina — è la distinzione fra diritto e diritto positivo. Saranno essi la stessa cosa o due cose distinte o, quanto meno, due momenti diversi di un'unica realtà? Stando al Larenz tutto il diritto è positivo; però il diritto positivo non sta esclusivamente nell'ordinamento scritto o nelle consuetudini, ma comprende ogni produzione giuridica popolare comunque esternata e priva di lacune. Ma — a parte le obbiezioni, sia di carattere filosofico che tecnico, a cui siffatta concezione va incontro e per le quali rinviamo alla conclusione — in qual modo si spiega la distinzione fatta successivamente dal Larenz fra diritto e legge? Tale distinzione, infatti, pur limitandosi a considerare la seconda come mezzo di manifestazione del primo (*Gestaltungsmittel*) (46), implica la coesistenza di due realtà, delle quali una, la legge, sarebbe più concreta dell'altra, senza purtuttavia eccellere per chiarezza in quanto equivale a distinguere fra diritto come Spirito giuridico (*Rechtsgeist*) in atto e legge come... diritto in atto.

16. Da tali premesse, il Larenz discende a precisare come in pratica la attuazione del diritto si verifichi: come cioè lo Spirito del popolo si manifesti sotto la forma di *Rechtsgeist* e produca il diritto stesso.

---

(45) Cfr. Del Vecchio, *Lezioni di Filosofia del Diritto*, Città di Castello, 1932, pgg. 191 e sgg.

(46) E' vero che il Larenz accoglie della legge non un concetto di fonte creatrice del diritto, ma di mezzo esteriore di manifestazione di questo; ma tale manifestazione non è da intendersi, ci sembra, come un nuovo e magari più concreto atteggiamento del diritto, ma come realtà separata, necessaria alla formulazione e alla eventuale modificazione di esso. Cfr. infatti Larenz, *Rechtsperson und subjekt*, cit., pg. 239: « Das Gesetz ist Gestaltungsmittel dieser völkischen Lebensordnung, es schäfft sie nicht, sondern bildet sie aus und um, es dient ihr, prägt und entwickelt sie ». La separazione, dunque, tra diritto e legge è evidente.

Subentra qui il concetto di volontà collettiva o generale (*Gemeinwille*) ed è questo un punto fondamentale, se non il cruciale, di tutta la nuova filosofia giuridica.

Come si è visto, esaminando il pensiero dello Jerusalem, non è facile concepire lo Spirito generale più concretamente che come fenomeno spirituale e cioè anche come fenomeno psicologico. Si cadrebbe in una concezione antropopoietica dell'organismo sociale che, viceversa, la dottrina tedesca vuole evitare. D'altra parte, non si può non rilevare che una attività psicologica è in ogni caso necessaria affinchè il *Rechtsgeist* si manifesti all'esterno. Di qui il problema della volontà collettiva, intorno al quale anche in pieno individualismo tanto si è discusso; problema che rimane per certo e in ogni caso tra i più vitali della filosofia e della scienza giuridica. Ed esso è tanto più acuto negli scrittori nazionalsocialisti, in quanto la loro affermazione categorica nei riguardi della nozione del diritto è che questo « non proviene dalla volontà del singolo, ma da una volontà comune ».

Per la determinazione della natura essenziale di siffatta volontà il Larenz comincia col mettere in luce la differenza fra la dottrina di Rousseau e quella di Hegel e della Scuola storica. Anche il Rousseau parla di una *volonté générale* come misura e come regola informatrice di tutto il diritto; ma, mentre quella volontà generale si fonda sul concorso delle volontà individue, eccitate da singoli stimoli (interessi) e, quindi, in fondo su una « pariteticità di interessi », il pensiero dei filosofi e dei giuristi della *Romantik* presuppone un concetto di collettività come realtà a sè, delineata da elementi naturali e spirituali insieme, duratura e vivente al di sopra del mutare delle generazioni, con compiti e fini tutti propri, indipendenti dagli interessi dei singoli (47).

Orbene, l'attuazione del diritto dovrà essere riferita alla collettività, nel senso che dovrà a questa attribuirsi una particolare capacità di volere. Si profila così, in questo momento, una divergenza fra la Scuola storica ed il nuovo indirizzo nazionalsocialista tra cui, però,

(47) Cfr. K. Larenz, *Deutsche Rechtsern*, cit., pg. 7.

un evidente legame permane. Mentre, cioè, per quella il diritto si presentava come «convincimento generale» (*gemeinschaftliche Ueberzeugung*), la cui realizzazione, derivata dal contrasto delle volontà individuali, rimaneva a queste collegata, per il nuovo idealismo obbiettivo del Larenz e degli altri il nesso tra diritto e comunità è ancora più intenso e più concreto, giacchè nella sua attuazione giuridica lo Spirito del popolo deve apparire come vera e propria volontà.

Ma come avviene la trasformazione del *Volksgeist* in *Gemeinwille?* Nei filosofi ciò non è chiaramente specificato, ma dal loro argomentare si può dedurre che essi si servono sopra tutto — come poi meglio faranno i giuristi — e del concetto tradizionale di collettività giuridicamente intesa (*Rechtsgemeinschaft*) e del principio, completamente nuovo e apportato dalla Rivoluzione, della guida politica (*Führerprinzip*). Mentre da un lato si risale alla necessità di considerare la collettività nel suo particolare atteggiamento giuridico, nella cui orbita le singole volontà si attuano in conformità del *Rechtsgeist,* si intende, dall'altro, il processo di selezione delle volontà che governano, non già come giuridico e razionale, ma come politico e naturale. La collettività, cioè, viene immaginata naturalmente (politicamente) composta di una «guida politica» (*Führung*) e di un «seguito» (*Gefolgschaft*): la prima quindi non è creata dal diritto, ma a questo legata, in quanto solo per mezzo di un organismo giuridico può esercitare le sue funzioni di direzione. In sostanza, è nel *Führer* che lo Spirito giuridico del popolo si trasforma in volontà collettiva (48).

Ma, volendo oltre esaminare il comportamento della *Gemenwille,* si vede che il Larenz distingue innanzi tutto tra *Gemeinwillen* giuridiche e non giuridiche. Ciò fa comprendere che la capacità di volere propria della *Rechtsgemeinschaft* (cioè del *Führer*) non è la unica, ma che altre ne esistono fuori della sfera del diritto. In che cosa consistano e come si svolgano, però, le *Gemeinwillen* che non

---

(48) Portatori del Gemeinwille sono considerati gli organi della Rechtsgemeinschaft che realizzano il diritto.

dispongono di un sistema giuridico non è detto ed è altresì poco agevole il rintracciare con chiarezza. Forse il problema non è stato neppure notato; certo il Larenz asserisce che non tutte le volontà collettive sono anche giuridiche, ma che, per contro, sono tali soltanto quelle che rispondono all'idea concreta del diritto, vale a dire al concreto ordine di vita della collettività. Pertanto, la volontà collettiva che è anche diritto e che si manifesta attraverso la legge (o la consuetudine) assume, in ogni caso, la forma di una norma e di un « dover essere ».

17. Sorge, quindi, un successivo problema nei riguardi della nozione del diritto, pur esso non nuovo e non meno importante: quello del dualismo tra l'essere (*Sein*) e il dover essere (*Sollen*), che l'obbiettivismo si propone precisamente di risolvere.

Se il diritto — ecco il quesito — nella sua formulazione definitiva è una norma, cioè un modo di doversi comportare, in qual maniera si concorda tale sua natura con la nozione fondamentale testè datane, secondo cui veniva esso inteso come ordine concreto di vita, come Spirito in atto, come estrinsecazione, prodotto storico della stessa collettività popolare e cioè come realtà?

Per conciliare le due formulazioni e per non farle restare antitetiche, il Larenz ritiene che occorra sempre tener conto del rapporto esistente tra i singoli e la collettività. Questo rapporto è, come si è visto, di organicità: la collettività è un organismo che avvolge e serra in sè i suoi membri, i quali tutti vengono animati da uno Spirito comune (così anche nel pensiero dello Jerusalem e del Krieck). Ora, prosegue il Larenz (49), se tutto procedesse regolarmente, nessuna contraddizione dovrebbe insorgere tra singolo e collettività, la quale dovrebbe vivere compatta e senza interne differenziazioni. Il singolo cioè non dovrebbe trovarsi di fronte ad un « ordinamento » che gli si imponga in un modo qualsiasi, ma dovrebbe agire istintivamente secondo lo Spirito che anima e la collettività e lui.

---

(49) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 22 sgg.

Ma l'essenza e la natura dell'uomo sono tali da farlo presentare non come una formica o un'ape, identico nell'istinto dell'azione alle altre unità che formano il tutto associativo, ma diverso sotto innumerevoli aspetti. Nella collettività popolare, perciò, l'individuo non perde la sua essenza individuale (*Fürsichsein*), ma è ad un tempo individuo singolo (*Einzelnes*) e membro (*Glied*). E', dunque, in questa seconda particolare concezione dell'individuo in seno alla comunità che il diritto deve essere considerato come norma a lui imposta (*dem Einzelnen gegenüber*) (50). In altri termini, la fissazione del diritto in norme, che è quanto dire la produzione di esso (creazione di leggi e di consuetudini), è la conseguenza dell'incontro delle volontà singole con la volontà collettiva. Cosicchè, in conclusione, il diritto, come volontà comune vivente del popolo, si presenta in parte «fissato» sotto forma di legge o di consuetudine come norma, e in parte «concreto», attuato nei singoli casi. Ma non può il concetto di norma esaurire quello di diritto, che permane «volontà concreta della *Gemeinschaft*».

La conciliazione della nozione del diritto come realtà (forma sociologica) con quella del diritto come dover essere (forma normativa) ci pare raggiunta nel senso che il *Sollen* non sia altro che un effetto particolare del diritto, il quale nella sua essenza è e rimane un *Sein*. In tal modo il diritto è colto nel suo contenuto volontaristico: è concepito essenzialmente — ci sembra — come volontà; di guisa che il suo incasellamento in norme non si presenta altro che come prodotto di questa stessa volontà, tendente a trovare una realizzazione formale a fini esclusivamente pratici.

Ma non basta. Gli effetti di tale volontà proseguono nel tempo, attraverso la produzione del diritto, allorchè volontà collettiva e volontà individuali si mostrano contrastanti; quella a queste comanda, ma il suo prepotere non è che uno stadio ulteriore e più avanzato della propria attuazione (51). Cosicchè legislazione, esecu-

(50) *Ivi*, pg. 24.

(51) Per una concezione in Italia del diritto come volontà continuamente in atto, vedi A. PEKELIS, *Il Diritto come volontà costante*, Padova 1931.

zione e giurisdizione non verrebbero ad essere che tre momenti distinti, ma del tutto coerenti, della *Gemeinwille* giuridica in atto, la quale dunque, identificandosi in un *Sein,* come forza storica dinamica, assume esclusivamente ai fini della propria realizzazione la forma particolare del *Sollen* (funzione legislativa).

Questa è, nel nocciolo, la soluzione del dualismo *Sein-Sollen* prospettata dal Larenz. Soluzione che, mentre considera il dover essere un particolare e necessario modo di presentarsi della realtà giuridica in atto, conduce alla riunione delle tre forme giuridiche della legislazione, della esecuzione e della giurisdizione, come tre momenti diversi nel tempo della attuazione concreta della *Gemeinwille* giuridica (52).

18. Anche la considerazione del lato normativo del diritto appare un logico sviluppo dei postulati filosofico-giuridici precedentemente stabiliti. La filosofia giuridica su questo terreno prende contatto con la scienza giuridica e le indica i concetti sui quali deve basarsi. Questi, perciò, ritroveremo nel corso della esposizione della dottrina più strettamente giuridica ed ancora un nesso, che tuttavia non sempre si risolve in identità di vedute, si riscontrerà tra filosofia e scienza del diritto e dello Stato.

Anche per questa ultima parte il raziocinio del Larenz si mostra il più sintetico e il più chiaro tra tutti.

La proposizione principale da questo autore formulata e che deve nutrire la nuova scienza giuridica è, come si può facilmente immaginare, relativa alla personalità giuridica ed ha un'impronta essenzialmente universalista. « Non la persona, l'individuo come atomo del mondo sociale — egli afferma (53) — e come personalità a sè stante ed eticamente libera (54) è la categoria filosofico-giuridica

---

(52) A un certo punto il LARENZ afferma (*Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 31) che « Gesetzgeber und Richter sind die Organe, durch die sich der Rechtswille der Gemeinschaft verwirklicht ».

(53) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 166.

(54) Aveva, infatti, il LARENZ osservato che il diritto non è un fatto del libero arbitrio.

fondamentale, ma la *Gemeinschaft* quale unità di vita organica e il «compagno di diritto» (*Rechtsgenosse*) come membro di essa, vale a dire come compagno di stirpe».

Il processo creativo delle entità giuridiche fondamentali è invertito. «Non i singoli individui istitutiscono mediante un contratto, o altro di simile, la collettività giuridica (cioè l'organismo giuridico, *Rechtsgemeinschaft*), ma è la collettività naturale e reale, organica, dotata di un' proprio Spirito e di una propria volontà che, come *Rechtsgemeinschaft* (cioè nella sua attuazione giuridica), rende, per mezzo del suo concreto ordinamento, possibile ai suoi membri di concludere contratti e di formare rapporti giuridici» (55). Se, quindi, gli uomini hanno una personalità giuridica e sono soggetti di diritti e di doveri, non è già perchè dispongono di qualità naturali (come, ad esempio, la ragione), ma perchè sono partecipi di una collettività vivente, appunto, in forma giuridica (56). Il che è perfettamente coerente con l'idea di un diritto che, prodotto del popolo, è fatto per il popolo e al popolo serve e non all'«individuo» (57).

Il *Volksgenosse* è, dunque, *Rechtsgenosse*. Concetto quest'ultimo che si surroga a quello di persona (58), ma non anche a quello di soggetto di diritti che da entrambi si distingue, poichè, per ragioni pratiche, è la sfera giuridica della collettività assai più lata della sua sfera naturale (59). Infatti, anche i non appartenenti a questa possono

---

(55) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., loc. cit.: «Nicht die einzelnen Individuen begründen durch Vertragschluss oder in sonstiger Weise die Rechtsgemeinschaft, sondern die Volksgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft ermöglicht durch ihre konkrete Ordnung ihren Gliedern, Verträge zu schliessen und Rechtsverhältnisse zu gestalten».

(56) K. LARENZ, *Rechtsperson und subjekt.* cit., pg. 241: «Die Menschen nicht als Individuen oder als Träger einer abstrakt allgemeinen Vernunft, sondern als Glieder einer sich im Recht ihre Lebensform gebundene Gemeinschaft, haben Rechte und Pflichten, und die Moeglichkeit Rechtsverhältnisse zu gestalten».

(57) Cfr. BONNARD, *Le droit e l'Etat* cit., pg. 419.

(58) K. LARENZ, *Deutsche Rechtsern.* cit., pg. 40: «Il punto di partenza del diritto privato non sarà più il concetto di persona, astratta detentrice di diritti e di doveri, bensì il Volksgenosse che, come membro della collettività, avrà una precisa posizione giuridica».

(59) Nell'attuale diritto tedesco ricorre infatti la distinzione fondamentale

avere una parte, sia pure secondaria, nell'ordinamento giuridico e possono presentarsi come soggetti di diritti e di doveri. Ma essi saranno tali non originariamente, come i « compagni di stirpe », ma di riflesso, per concessione della *Rechtsgemeinschaft* (60).

La capacità giuridica sarà, pertanto, la specifica capacità dei compagni di stirpe ad avere la posizione di membri (*Gliedstellung*) di una determinata collettività popolare: quindi capacità naturale che, però, non significa potestà di volere (*Macht des subjektiven Willens*) ma posizione giuridica (*Rechtstellung*), situazione statica e forma concreta, particolare, in cui si traduce il diritto obiettivo, cioè l'ordinamento giuridico della collettività. Il suo contenuto, adunque, non è quello di un poter agire (*potestas agendi*) ma, piuttosto, di un dovere (*Sollen*) che promana dal fatto di appartenere alla collettività (*Glied-Sein*) (61). La posizione giuridica, perciò, del compagno di stirpe, anzichè risultare da un complesso di diritti subiettivi, di aspettative, di pretese giuridiche, ecc., si sostanzia in un qualche cosa di obiettivo, tanto da rappresentare il posto che un determinato *Volks-* ovvero *Rechtsgenosse* occupa nella *Gemeinschaft*. « Non *si ha* una posizione giuridica, ma *si sta* in una determinata posizione giuri-

---

basata soprattutto sull'elemento biologico tra cittadini (Staatsbürger) godenti tutti i diritti e gli appartenenti allo Stato (Staatsgehöriger) con diritti assai limitati. Cfr. il Punto 4 del Programma del Partito Nazionalsocialista che così suona: « Può essere cittadino solo chi è compagno di stirpe (Volksgenosse). Può essere compagno di stirpe chi è di sangue tedesco, senza riguardo alla confessione. Nessun ebreo può essere quindi compagno di stirpe ».

(60) K. Larenz, *Deutsche Rechtsern.* cit., pgg. 141-142: « Der Nichtgenosse ist Rechtssubjekt, er genisst eine beschränkte Rechtsfähigkeit, die ihm von der Volksgemeinschaft als Rechtsgemeinschaft in bestimmten Umfange zugestanden wird. Er ist aber nicht, wie der Volksgenosse, kraft seiner Geburt dazu bestimmt, der Gemeischaft anzugehören, in ihrem Recht zu leben ». Alla distinzione dunque positiva, inerente alla restrizione di determinati diritti a determinate categorie di persone stabilita in base a certi principi politici, si fa corrispondere una vera e propria classificazione fra soggetti giuridici, che potremmo chiamare di diritto naturale, e soggetti giuridici, che si potrebbero dire di diritto riflesso. Si ricade pertanto in pieno, nonostante l'asserzione contraria, in una concezione giusnaturalistica, sia pure a sfondo universalistico.

(61) *Ivi*, pg. 244: « ...sie ist eine Aufgabe, eine Funktion, ein Teilhaben ».

dica ». E questa, in quanto attiene agli appartenenti ad una particolare collettività, è essenzialmente un rapporto, per modo che « il *prius* e il fondamentale non è mai il singolo atto giuridico (*Berechtigung*), ma il rapporto giuridico nella sua complessità (*als Ganz*), come rapporto di vita nel proprio ordinamento (62).

In questo modo si può superare un'altra distinzione, finora ospitata nel mondo giuridico: quella tra l'aspetto subbiettivo e l'aspetto obbiettivo del diritto. Questo, infatti, non è che obbiettivo e tali si presentano le stesse pretese e gli stessi doveri, i quali in null'altro si risolvono che in determinate posizioni che il soggetto ha in ogni istante nell'ordinamento (63).

19. La nozione di Stato si presenta nella dottrina che andiamo esaminando non facilmente riassumibile. Anzi, per il fatto di soggiacere spesso a variazioni tutt'altro che superficiali, se non soccorressero concetti di collegamento comuni potrebbe perfino far pensare che attualmente esistano in Germania indirizzi contrastanti, mentre in realtà il disaccordo non è tale da creare correnti dottrinarie *funditus* contrarie. Il più delle volte le divergenze che si riscontrano negli autori sono conseguenziali, nel senso che dipendono dalla diversità di sviluppo e di comprensione dei vari principi. Il fondamento, però, è unico e costanti sono alcuni tra i principali caratteri della nozione. Sono precisamente questi caratteri che prendiamo a conclusione della prima parte della nostra esposizione, rimandando l'indagine particolareggiata del concetto di Stato alla parte seconda.

L'affermazione del Larenz a proposito del popolo e del diritto deve essere, secondo noi, ripetuta per il popolo e per lo Stato. Il rinnovamento determinato dal Nazionalsocialismo — aveva egli detto — tende a colmare il vuoto già esistente tra popolo e diritto, allorchè di questo si aveva una concezione essenzialmente individualista che

---

(62) *Ivi*, pg. 252.

(63) Non contrasta tale concezione statica del Glied-Sein con quella dinamica fondamentale del diritto?

distaccava il fenomeno giuridico dalla realtà misconosciuta della *Volksgemeinschaft,* per farne una categoria astratta del pensiero. Questa asserzione era diretta, come si è osservato, in modo specifico contro il positivismo e contro la scuola del Kelsen.

Nei riguardi della nozione di Stato ci sembra che una analoga osservazione si imponga. All'avvicinamento che raggiunge la compenetrazione e la fusione tra diritto e *Volksgemeinschaft,* corrisponde l'altro tra Stato e *Volksgemeinschaft.* E ciò, vedremo, non perchè Stato e diritto coincidano; ma perchè centro di tutta la *Weltanschauung* filosofica non è ormai che il popolo con il suo *objektiver Geist* da cui diramano le varie altre categorie della realtà sociale, non escluso lo Stato. Stato e diritto, in altri termini, in una loro primissima definizione, sono entrambi prodotti dello Spirito del popolo o, se più piace, aspetti della *Volksgemeinschaft* nella sua realtà storica e dinamica.

Anche lo Stato, alla pari del diritto, va inteso non già come fenomeno casuale positivo o come astrazione logica del pensiero (concezioni egualmente possibili all'interno di una forma mentale individualista), ma, in conformità alla nuova concezione obbiettiva, come realtà concreta. Siamo nella sostanza, nonostante l'affermazione contraria di alcuni giuristi, molto vicini alla maniera di intendere lo Stato di Otto von Gierke; solo che non ci si arresta ad attribuirgli una concretezza sociale, ma se ne sviluppa e se ne chiarisce il concetto secondo i nuovi postulati. Di quì le differenze col Gierke. Anzi, per quel che riguarda la stessa unicità dal pensiero nazionalsocialista, non si può andare oltre tale concretezza e oltre il collegamento dello Stato al popolo. Al di là cominciano le difformità e sorgono i contrasti.

Su questo terreno, come del resto è naturale, l'influenza delle idee politiche si è fatta sentire più che altrove. Mentre, cioè, la concezione fondamentale dello Stato è per un aspetto la logica conseguenza di tutta la costruzione filosofica, o per lo meno si inquadra perfettamente in questa, appare sotto altro profilo direttamente scaturita da principi più rigorosamente politici; da quelli che, se una

scomposizione fosse possibile, si presenterebbero in parte come nazionali e in parte come socialisti.

Lo Stato, nel pensiero politico di Hitler e dei suoi collaboratori è, ad un tempo, nazionale e socialista. Il che significa che, stabilita una società nazionale secondo i criteri noti, essa formerà una organizzazione statale e, da un certo punto di vista più immediato, costituirà addirittura lo Stato stesso. « Lo Stato nel vero senso della parola, cioè in senso politico (non il semplice apparato statale) è, come *völkischer Staat,* la forma politica di un popolo, anzi, questo popolo stesso come potenza informatrice (*Gestaltende Macht*) » (64). « Organismo vivente di una Nazione » l'ha infatti definito Hitler (65).

Da tale fondamentale principio positivo è scaturita come corollario la concezione dello Stato popolare (*völkischer Staat*) che, nel suo contenuto sostanziale, è la prima pietra della nuova costruzione. Perciò il Larenz afferma essere il pensiero dello Stato popolare caratterizzato dalla sua concezione concreta, non come qualcosa di pensato e di astratto, ma come reale « unità di vita » (66).

20. Per questo atteggiamento del pensiero nazionalsocialista il Larenz usa il termine « realismo politico » (*politischer Realismus*), facendo espresso richiamo alla concezione dello Schmitt, che vede appunto nel fenomeno statale un fenomeno esclusivamente, o quasi, politico. Il Larenz si mostra anzi proclive ad adoperare la stessa terminologia dello Schmitt, il quale definisce la visione dello Stato come realtà politica « concezione concreta dell'ordinamento e dell'assetto politico di un popolo » (*Konkretes Ordnungs- und Gestalltungsden-*

---

(64) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 149.

(65) A. HITLER, *Mein Kampf* cit., pg. 434. Egli conia appunto il termine « völkischer Staat » e definisce questo come « lebendiger Organismus eines Volkstums ».

(66) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 157: « Der völkische Staatsgedanke » setzt « die Anerkennung der Wirklichkeit des Volkes und des Staates als einer nicht nur gedachten, sondern wahrhaft seienden Lebenseinheit » voraus. Cfr. WALTZ in « Deutsche Juristenzeitung » 1933, pg. 1334, il quale fonde la concezione popolare dello Stato con il principio del Führer e formula il termine völkischer Führerstaat.

ken) (67), in forza del quale esso si presenta appunto come realtà che è intimamente azione conforme a volontà (*Willensmässiges Handeln*), «decisione politica» (decisionismo) su cui lo stesso diritto si fonda (68).

Critica tuttavia la teoria dell'integrazione dello Smend, osservando che questi — pur opponendosi alla concezione del Kelsen di uno Stato come entità puramente ideale e sistema di norme indipendenti dalla realtà sociale, per parlare di uno Stato come processo integrativo, cioè come attività — non riesce a liberarsi del tutto dal concetto di grandezza trascendentale e superindividuale (69).

Ma non esclusivamente nel Larenz e nello Schmitt (che per questa parte può considerarsi filosofo) l'unità tra popolo e Stato è riconosciuta. Essa, come si è detto, è in sostanza ammessa da tutti gli autori e, come si vedrà in seguito, può financo essere riscontrata in coloro che la negano (70). Si supera, in tal modo, la separazione propria della concezione liberale tra popolo e Stato da un lato e ordinamento giuridico e assetto politico dall'altro.

(67) C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, pg. 7 sgg.; K. LARENZ, *Volksgeit und Recht*, nello «Zeitschrift für die Kulturphilosophie», Bod. 1, 1934, pgg. 47 e sgg. ove spiega come tale ordine e tale forma in cui in ogni istante un certo popolo si presenta non sia qualcosa di dato o di imposto dal di fuori (uebergeschichtlich gegeben), ma fenomeno storico interno al popolo stesso: «...eine geschichtlich sich entwickelnde und zugleich aufgegebene, die ebenso gelebt wie gestaltet wird, wobei alle Gestaltung an das Lebensgesetz dieser Gemeinschaft gebunden bleibt».

(68) Anche lo SCHMITT, dunque, con la sua concezione decisionistica del diritto come volontà politica, si contrappone all'astratto normativismo. Ma la più moderna concezione schmittiana, che va sotto il nome, s'è visto, di Ordnungs- und Gestaltungsdenken, è notevolmente distinta dal primitivo decisionismo, in quanto le volontà politiche costituenti la sostanza dello Stato vengono concepite come fissate in un ordine, espressioni del diritto come norma di vita del popolo.

(69) K. LARENZ, *Rechts- und Staatsphil.* cit., pg. 102; R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München-Leipzig, 1928. A proposito della teoria di questo autore è interessante la conclusione che il vero Stato «integrale» o «integrante» è lo Stato fascista; al che fu mossa una severa critica da parte del Kelsen con l'osservazione che in tal modo si esprime semplicemente una concezione politica, ma non si costruisce alcuna teoria scientifica dello Stato. Sull'argomento cfr. N. BOBBIO, *L'indirizzo fenomenol.* cit., pgg. 59 sgg.

(70) Anche la concezione del GERBER di uno Stato come volontà unitaria non è molto discosta.

Altrettanto chiara risulta la fusione nel Binder, il quale definisce lo Stato «non come contenuto di norme giuridiche, ma contenuto di uomini», e prosegue dicendo: «pensiamo allo Stato e penseremo al popolo, come unità nella forma del diritto, e non alle norme giuridiche che tale unità condizionano» (71).

21. Sullo stesso piano, infine, benchè ciascuno con proprie caratteristiche, si muovono il Krieck e lo Jerusalem.

Anche il primo considera lo Stato una realtà concreta aderente alla realtà popolare, per quanto ciò non rappresenti, come per i pensatori fin quì esaminati, coincidenza e fusione. Per il Krieck, cioè, lo Stato non è senz'altro lo stesso popolo in un determinato atteggiamento storico (*Gestalt des politischen Volkes*), ma, piuttosto, un organismo (72) necessario a questo per emanare una volontà unitaria. Lo Stato così concepito sarebbe, dunque, sistema organico di trasformazione dello Spirito del popolo in volontà collettiva, del *Volksgeist* in *Gemeinwille*. Un popolo sprovvisto di organismo statale, «un popolo che non sia anche *Staatsvolk* resta imperfetto, schiavo, gradino primordiale e materiale» (73). In ultima analisi, lo Stato è l'organo della volontà del popolo e, come tale, l'«elemento umano» in seno alla vita pubblica.

Ma, come organo della volontà popolare (*Volkswille*), non è detto che lo Stato vada riguardato quale semplice strumento tecnico. Se così fosse, esso si ridurrebbe, come infatti alcuni riterranno, ad un semplice meccanismo alla maniera dell'Hobbes e del Descar-

---

(71) Come già si può comprendere da queste frasi, si stacca un poco la concezione del BINDER da quella del LARENZ e degli altri, in quanto la fusione tra popolo e Stato non si presenta immediata e fondata sulla volontà diretta della Volksgemeinschaft, ma mediata, poichè ottenuta attraverso l'ordinamento giuridico. Cfr. J. BINDER, *Der deutsche Volksstaat*, Tübingen, 1934.

(72) E. KRIECK, *Der Staat der deutschen Menschen* cit., pg. 14: «Der Staat ist als organisches System in Volksorganismus lebensnotwendig». E seguita: «In ihm kommt der völkischer Wille zur Gestalt, zum handlungsfähigen Organ. Volks und Staat sind einander nicht gleichzusetzen».

(73) *Ibidem.*

tes (74), estrinsecatore ed attuatore di una volontà già esistente. Oppure, non volendo restringerlo ad un concetto così misero e ridicolo, lo si dovrebbe ricomprendere normativisticamente, vale a dire come sistema astratto giuridico per la realizzazione della volontà comune. Le due concezioni, però, contrastano con quella del Krieck, secondo cui, a parte la esplicita negativa della idea di Stato come puro mezzo (75), questo non presuppone una volontà da attuare (sia attraverso un apparato materiale che per mezzo di un sistema di norme) ma è l'organismo attivo creatore di tale volontà, che, senza lo Stato, non solo non si realizzerebbe, ma non avrebbe neppure possibilità di vita. Un popolo che non fosse anche Stato, che non contenesse in sè questo organismo «umano», non avrebbe la capacità di trasformare il proprio Spirito in volontà e cioè non potrebbe costruirsi una propria storia (in senso politico) (76).

Il problema del secolo è per il Krieck quello dell'aderenza tra popolo e Stato. Ed infatti, egli scrive, in Germania lo Stato è costituito dal movimento politico, in quanto questo è il portatore e il costruttore della storia e dei destini del popolo tedesco (77). E' cioè attraverso il movimento politico (*Bewegung*) che il *Volksgeist* si trasforma in *Gemeinwille*: in ciò si concretizza l'organismo statale, che è quanto dire la vera essenza dello Stato. «Giace, dunque — egli prosegue (78) — nell'essenza dello Stato organico il portare all'uni-

(74) Cfr. C. SCHMITT, *Der Staat als Mechanismus bei Hobbes und Descartes* nell'«Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», Vme XXX, op. 4°.

(75) E. KRIECK, *Völkisch-polit. Antropol.* cit., I, pg. 98: «Der Staat ist nicht Mittel zu irgendwelchem ausser ihm liegenden Zweck».

(76) *Ibidem*: «Durch den Staat kommt ein Volk zu seiner geschichtsbildenden Kraft, zur Erfüllung seiner Mission an sich selbst und an den Völkern». Qui dunque il KRIECK, mentre si riallaccia alla concezione fichtiana, la amplifica presentando la nuova concezione del secolo. Egli va oltre cioè alla concezione di un popolo che, come Nazione, mira alla formazione di uno Stato, per affermare qualcosa di assai più vasto: precisamente che ogni popolo ha una data missione nella storia e che tale missione esso non può raggiungere se non per mezzo della forma statale.

(77) *Ivi*, pg. 100: «Gegenwärtig ist die Bewegung der eigentliche Staat, weil sie die Trägerin des Schicksals und der deutschen Sendung in der Geschichte ist».

(78) E. KRIECK, *Der Staat der deutschen Menschen* cit., pg. 42.

sono la particolarità e l'autonomia dei membri con la struttura del tutto e il preservare anche nei membri dall'interno verso l'esterno la particolarità e la possibilità dell'autodeterminazione e dello sviluppo» (79). E più oltre: «Il vero Stato non conosce nel proprio territorio dominatori e dominati, come la società; nello Stato sono tutti i membri ordinati secondo la propria qualità e funzione a servizio dell'organismo complesso».

L'analisi della nozione di Stato data dal Krieck enuncia come altro elemento essenziale di esso la potenza (sovranità) che lo Stato ha in ogni caso, in quanto estrinseca una volontà collettiva unitaria e complessa che prevale sulle singole volontà senza alcuna averne al di sopra di sè. L'unità della volontà statale a cui aderisce la potenza è, quindi, la misura del grado di potenza di un popolo: infatti in tale unità la volontà popolare è vivente in ogni singola volontà ed ogni singola volontà si risolve in volontà popolare. Sono perciò lo Stato e la sua potenza irradicati e fondati nell'interno dei singoli, poichè l'uno e l'altra sono nell'essenza e nell'origine di natura spirituale e morale. Ciò è del tutto coerente col pensiero più sopra espresso, in quanto lo Stato, non essendo altro che l'organismo trasformatore dello Spirito del popolo in volontà unitaria, non può essere che fenomeno squisitamente spirituale (80).

Nell'opinione, da ultimo, dello Jerusalem, su cui avremo occasione di insistere, il concetto di Stato è intimamente connesso con quello dato da questo autore della *Gemeinschaft*. E la distinzione da lui fatta fra due tipi di *Gemeinschaft* lo costringe per coerenza a formulare anche due nozioni di Stato. Egli, infatti, afferma che il concetto di Stato è relativo, a seconda che si ricolleghi ad una collettività aperta o chiusa. Mentre nel primo caso, per essere la collettività aperta una *Rechtsgemeinschaft*, cioè collettività non integralmente

(79) *Ivi*, pg. 48. Concezione questa che, se non urta contro l'universalismo, per esempio del Dietrich, se ne allontana con l'accentuazione della organicità dello Stato. Essa, quindi, più si avvicina a quella corporativa.

(80) *Ivi*, pg. 35: «Die Staatsmacht ist Verwirklichung der Idee, wie es Ranke und Hegel, die feindlichen Brüder, auch gelehrt haben».

governata dal *Gemeingeist,* lo Stato è una organizzazione in seno a quella, nel secondo, nella collettività chiusa, ove lo Spirito collettivo investe e determina completamente il singolo, lo Stato è perfettamente coincidente con la collettività. E', cioè, Stato totalitario. Ogni fenomeno della collettività è fenomeno statale. Concetto questo, per altro, di Stato in largo senso, da cui si dovrà tenere staccato quello in senso stretto di semplice apparato per l'esecuzione della volontà popolare.

Date tali premesse, si può concludere che la filosofia giuridica nazionalsocialista tende a concretizzare lo Stato. Affiorano tentativi — come si vedrà nella seconda parte — di sopravalutare il popolo tanto da impoverire estremamente l'idea dello Stato; qualche autore, infatti, attribuisce tale rilevanza (anche giuridica) all'elemento popolare (*Volksgemeinschaft*) di fronte a quello burocratico, da condurre alla effettiva sostituzione dello Stato col popolo. Ma, a nostro parere, tale opinione — che rappresenta per vero un indirizzo isolato nella dottrina — è poggiata su un equivoco, giacchè la sostituzione del popolo allo Stato non si risolve che nella sua identificazione con questo (81).

22. Volendo, come ultima indagine preliminare, conoscere in quale rapporto l'odierna filosofia giuridica tedesca ponga lo Stato con il diritto, si deve dire che, in genere, si tratta di rapporto di compenetrazione e non di coincidenza; in ogni caso compenetrazione tra Stato e diritto concepiti obiettivamente e concretamente nella maniera oramai nota e non mai tra Stato e diritto quali categorie

---

(81) Tale interpretazione, secondo noi inesatta, della tendenza della dottrina nazionalsocialista come diretta a sostituire il popolo allo Stato è possibile soprattutto nei riguardi del pensiero dell'HÖHN, che esamineremo appresso, nonchè delle affermazioni dello SCHMITT nel volume *Gli Stati europei* ecc. cit., pg. 51. Cfr. inoltre W. DRÄGER, *Primat des Volkes? Ein Beitrag zur Grundfrage einer völkischen Staatslehre,* Berlin, 1935; G. BALLARATI, *Il Partito nazionalsocialista,* Roma 1937, pg. 28; O. KOELLREUTTER, nella «Deut. Jur. Zeit.» 1934, pg. 625. Ma nell'ultimo autore l'affermazione che non lo Stato ma il popolo sia il valore supremo vuole avere un significato semplicemente politico.

astratte alla maniera della Scuola viennese. Entrambi sono intesi, infatti, come prodotti dello Spirito del popolo, quando addirittura non vengono rappresentati come atteggiamenti di questo. Tra diritto e Stato esiste ancor più un nesso comune (e comune ne è il fondamento concettuale) quando vengono considerati come fenomeni spirituali. Se, infatti, si concepisce il diritto nella sua essenzialità volitiva, alla guisa sopra tutto del Larenz e dello Schmitt, bisognerà concludere che Stato e diritto sono la stessa cosa e che ambedue servono a contrassegnare l'unica maniera di attuazione politica del popolo. Ma, se del diritto si vuole precisare la caratteristica, sia pur conseguenziale e secondaria, di norma, diventano Stato e diritto due entità diverse, in quanto il primo resterà fenomeno di volontà e di decisione (si presenterà, quindi, essenzialmente come fenomeno politico), laddove il secondo sarà qualcosa di «fissato» in conformità di determinate categorie logiche (giuridiche). Stato e diritto, cioè, saranno rispettivamente i due atteggiamenti (politico e giuridico) del popolo in ogni caso concorrenti e, anzi, coincidenti nel punto di origine.

La connessione tra Stato e diritto risulta chiara ed esplicita nel Binder (82). Essa, infatti, è prospettata non solo in base all'origine comune spirituale, ma anche e sopratutto in relazione alla fenomenicità storica concreta.

Lo Stato — come si è visto — è per il Binder «l'unità vivente di un popolo nella forma del diritto». Stato e diritto non possono pertanto esistere separati, poichè è proprio questo, come fenomeno di creazione dello Spirito obbiettivo, che dà vita all'organismo statale; ma, nel medesimo tempo, è creato dal popolo solo in quanto questo assume la forma dello Stato. Di conseguenza i due fenomeni sono coevi e paralleli e così come non si ha Stato senza diritto non si ha neppure diritto senza Stato. Per il Binder, in conclusione, tutto il diritto è statale. Non si verifica un processo di formazione del diritto da parte dello Stato o dello Stato da parte del diritto, ma un processo di formazione del diritto e dello Stato da parte del *Volk-*

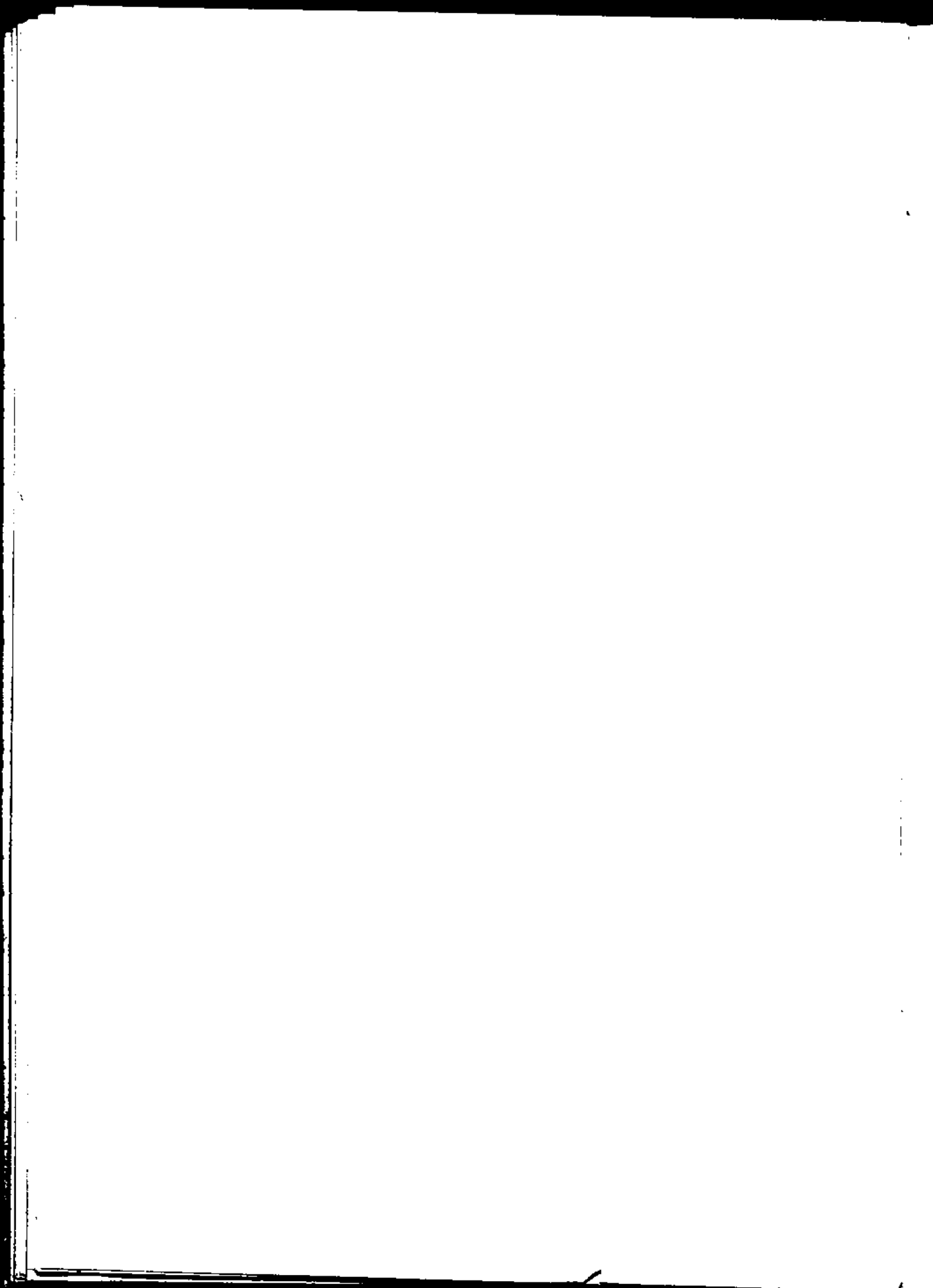
---

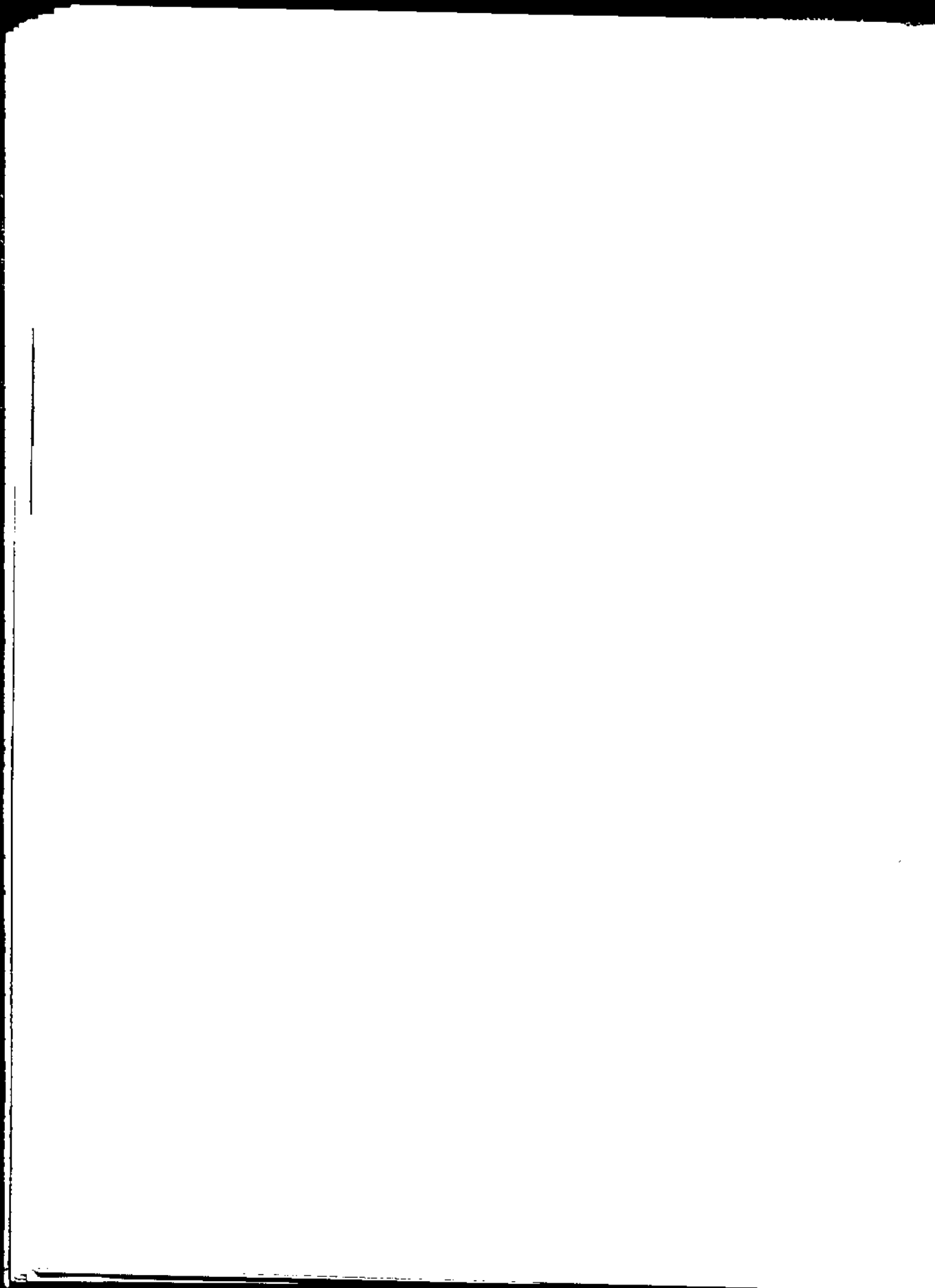
(82) J. Binder, *System der Rechtsphil.*, cit., pgg. 228-234.

sgeist, nel senso che il popolo, nel creare il diritto, assume la forma dello Stato e viceversa.

Parimenti interessante è l'atteggiamento di fronte al valore della formula «Rechtsstaat»: alcuni sono propensi a mantenerla, affermando che non la si deve più intendere nella maniera tradizionale positivista, cioè come compromesso formale tra i diritti dei privati e le pretese autoritarie dello Stato, ma come compenetrazione intima e concreta tra lo Stato e il diritto, quali creazioni o momenti paralleli e coordinati della vita del popolo; altri invece la ripudiano come contraria allo spirito della Weltanschauung (83).

---

(83) Di ciò sarà detto ancora in seguito a proposito del pensiero dello Schmitt e del Koellreutter. Cfr. P. Bodda, *Lo Stato di diritto. A proposito di alcune recenti opinioni,* Milano 1935.

PARTE SECONDA

LE CORRENTI GIURIDICHE

Capitolo I.

OSSERVAZIONI GENERALI

Sommario: 23. Le correnti in Germania della contemporanea dottrina dello Stato. 24. Particolari caratteri di questa.

23. Lo Stato, che nei filosofi del diritto appare come grandezza abbastanza generale e qualche volta totalitaria, non assume di solito eguale aspetto presso i giuristi che, se non dimenticano di essere tali, cercano di coglierne la nozione specifica e spesso tecnica. Più sovente si ha di esso una doppia visione di cui una, generale (*Staat in weiterem Sinne*), è presupposto dell'altra, particolare (*Staat in engerem Sinne*), la quale soltanto è presa in esame dall'osservatorio giuridico. Ma la nozione finale di Stato, pur contenendo in genere presupposti filosofici, politici, sociologici, ecc. comuni, differisce spesso e profondamente da autore ad autore, sì che la classificazione dell'attuale pensiero tedesco riesce in questo campo assai ardua.

Il criterio differenziatore non può essere unico. Non si possono scegliere, ad esempio, come elementi essenziali di discriminazione nè l'attribuzione della personalità giuridica allo Stato o la sua riduzione a fenomeno giuridico del tipo istituzionale, nè altre caratteristiche particolari, che si mostrano insufficienti da sole per una ripartizione sostanziale della dottrina che non sia semplicemente bipolare. Per tale ragione, in un primo momento, avevamo pensato di esporre le varie teoriche non secondo una distribuzione degli scrittori in diverse correnti, ma, come altri ha già preferito fare (1), at-

(1) Così, ad esempio, il Bonnard nell'articolo cit. divide la materia in quattro parti: la Volksgemeinschaft, il Führer e la Führung, il Partito, lo Stato.

traverso una divisione in argomenti, per accennare in relazione a ciascuno di questi alle opinioni fondamentali. Ciò che ci ha indotto a scegliere l'altro sistema è stato (oltre che il consiglio datoci da alcuni autorevoli rappresentanti dell'attuale scienza giuridica tedesca) il fatto che, se una distinzione in base a singoli elementi è assai complessa e incomoda, non lo è invece una classificazione che badi all'atteggiamento globale del pensiero degli autori. I quali, pur potendo differenziarsi nelle singole affermazioni, non possono in definitiva che assumere una delle tre fondamentali posizioni possibili nei riguardi di una dottrina che si va elaborando e di fronte alle profonde innovazioni verificatesi nell'ordinamento positivo.

Le posizioni fondamentali sono: quella tradizionalista, esclusivamente evolutiva dei principi già esistenti; quella sovvertitrice di tali principi al fine di instaurare una dommatica nuova; infine, quella semplicemente indagatrice, prammatista, a cui si mostra estraneo, almeno per il momento, ogni genere di dommatica chiusa. Abbiamo, in conseguenza, preferito raggruppare i trattatisti tedeschi dello Stato secondo queste tre direttive, tipiche dell'epoca postrivoluzionaria (2) e — poichè la prima è corrente tradizionalistica allacciantesi alla più autorevole dottrina, cioè a quella del Gierke — la designazione potrà essere la seguente: 1) *corrente prammatista* (con Schmitt ed Huber); 2) *gierkische Renaissance* (con Koellreutter e Merk); 3) *nuova dommatica* (con Jerusalem ed Höhn). Gli scrittori minori si inquadreranno naturalmente nell'una o nell'altra delle tre direttive anzidette.

---

(2) Tale ripartizione della dottrina è però semplicemente teorica, non anche necessaria ad ogni epoca postrivoluzionaria. Si pensi infatti al caso della Rivoluzione fascista alla quale, come rileva anche il Bonnard, non è seguita alcuna rivoluzione giuridica dommatica, poichè si sono piuttosto applicati i preesistenti principi al nuovo contenuto costituzionale. Così dicasi per il concetto di organo dello Stato (il Duce, come Capo del Governo, è organo dello Stato), per la separazione dei poteri ecc.: principi per altro che sono stati spesso alquanto modificati, ma una cui seria critica, se si è verificata, è rimasta assolutamente indipendente dalle concezioni politiche, per riguardare soltanto una scienza giuridica dello Stato.

24. Se una simile classificazione può essere fissata e se spesso i risultati finali a cui pervengono gli autori sono diversi e qualche volta perfino contrastanti, due circostanze rimangono ferme e comuni a tutta la letteratura e vanno poste in rilievo.

La prima è data dal fatto che tutti, senza distinzione, sulle basi dell'insegnamento filosofico-giuridico o anche indipendentemente da questo, hanno una concezione romantica del diritto e dello Stato che considerano espressioni dirette e concrete del popolo. Le norme positive, perciò, si presentano come semplice «precipitato storico», attuazione esteriore e incompleta del vero diritto che non vive che nel popolo e non può che esternarsi in modo imperfetto nella legge. Non solo, quindi, è legge ogni espressione dello Spirito giuridico del popolo, attuata per mezzo di un atto formale di volontà e di autorità — e pertanto formalmente responsabile — ma lo è ciascuna espressione in sè e per sè, come entità spirituale vagante nell'atmosfera giuridica popolare. Nè lo Stato è, come si potrebbe credere, il necessario formulatore del diritto che questo trasferisce da una sfera spirituale generale ad una concreta, e neppure una specie di «organo del popolo» indispensabile per la produzione di quello, ma è o il popolo medesimo nella sua unità politica e nella totalitarietà dei suoi atteggiamenti etici e sociali, o una particolare forma di esso (la giuridica) che è però ampia e indistinta, o, da ultimo, un puro meccanismo a servizio del popolo, non già per la produzione del diritto, ma per la sua utilizzazione. Sì che il mondo giuridico, che nei primi due casi coincide col mondo statale e che nel primo e nel terzo si identifica col mondo popolare, si espande inverosimilmente, per condurre ad una nozione di Stato totalitario o, in ogni caso, di un ordinamento giuridico coincidente con l'ordine concreto sociale; con la conseguenza costante di eliminare qualsiasi distinzione tra «popolare», «giuridico» e «statale», nonchè tra ognuna di queste categorie e la categoria politica.

Quale valore abbia da un punto di vista scientifico e a quali risultati porti questa prima fondamentale circostanza dell'odierna dot-

trina tedesca ci riserviamo di mettere in luce dopo avere trattato singolarmente delle tre correnti suddette.

La seconda caratteristica è che attualmente in Germania la scienza, comunque formulata, non si dirige a costruire una nozione generale e assoluta di Stato, entro la quale sistemare poi la forma costituzionale del Terzo Reich, ma converge direttamente alla costruzione di un concetto di Stato nazionalsocialista, applicabile soltanto al Terzo Reich. Non si definisce, in altri termini, il tipo di Stato nazionalsocialista in base ad un concetto categorico generale di Stato, ma si cerca di precisare che cosa debba essere lo Stato secondo la *Weltanschauung*. Deontologismo, dunque, essenzialmente.

In ciò, del resto, non è ravvisabile una manchevolezza propria esclusivamente della dottrina nazionalsocialista. Quando mai — si potrebbe, anzi, domandare — si è visto il concetto di Stato, anche presso i giuristi, completamente sottratto all'influenza delle idee politiche del tempo e dove mai si è riusciti a darne una definizione assoluta su cui innestare dall'esterno le multiformi, varie, complesse concezioni politiche? Se si riflette che perfino la scuola tecnico-giuridica non si è liberata del tutto dalle idee politiche dell'epoca, scusabile appare la confusione tra concetto e idea, tra mondo logico e mondo deontologico (che è peraltro anche confusione fra costruzione concettuale assoluta e rappresentazione di una realtà contingente) in una dottrina sorta allo scopo di demolire le vecchie formulazioni democratiche e liberali. Quello che, invece, è rimarchevole è il fatto che tale confusione si verifica non perchè non si è saputa evitare, ma proprio perchè è voluta e prestabilita. Poche sono le voci (abbiamo notato quella del Binder) che insistono sulla necessità di separazione tra categorie intellettive e categorie politiche, economiche, sentimentali, ecc. per la costruzione di un concetto generale ed assoluto di Stato (3). Questo manca e certo non potrà essere ricavato fino a quando

---

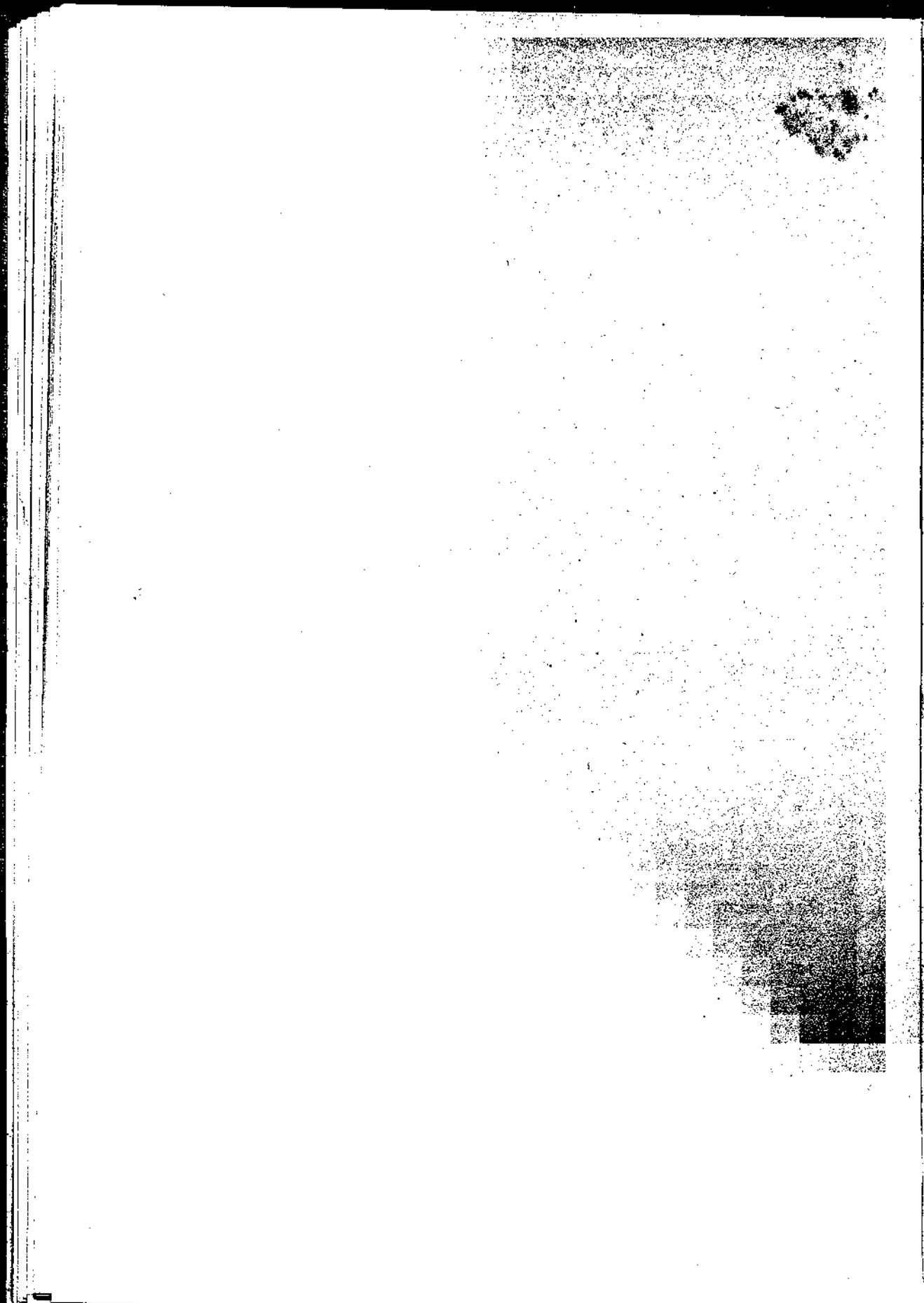
(3) Cfr. HELFRITZ, nella «Deut. Jur. Zeit.» del 1935: «Wir leben gegenwärtig in einer Verwindung der Begriffe. Gefühle und wissenschaftliche Gedankengänge bedürfen der Trennung. Diese Trennung wird oft vermisst. Es findet

si mirerà a giungere *a priori* ad un determinato Stato, inteso o come *völkischer Staat,* o come *totaler Staat,* o come *Führerstaat* o addirittura come *Un-Staat* (4).

---

eine Vermengung von Begriffen der Propaganda und der Wissenschaft statt. Die allgemeine Staatslehre ist als abstraktes Recht für alle Zeiten gültig. Die Begriffe des abstrakten Rechts behalten durch Revolutionen hindurch ihre Gültigkeit. Man muss die neuen Erscheinungen in die bisherige Wissenschaft hinein arbeiten. Man muss eine Unterscheidung zwischen positivem Recht und der Politik machen. Man muss unterscheiden Recht und poltische Wirklichkeit ».

(4) Opere generali da consultare sia sulla concezione che sulla struttura dello Stato nazionalsocialista sono, oltre all'articolo cit. del BONNARD e *Le peuple, l'État* ecc. anche cit. dello SCHEUNER: L. CAVARÉ, *La notion d'État dans le régime hitlerien,* nei « Travaux juridiques et économiques » dell'Univ. di Renne, XIV, 1935, pg. 158 e sgg.; F. CATALUCCIO, *Lineamenti di diritto pubblico nazionalsocialista,* Soc. Ed. Int., 1935; F. ERMATH, *The new Germany. Nationalsocialist Government in Theory and Practice,* negli « American University Studies in international law and relations », II, 1936; F. M. MARX, *Government in the third Reich,* New York-London 1936; M. WERTHEIMER, *Political Structure of the third Reich,* cit.

Questo libro era già in via di stampa, quando abbiamo avuto notizia di una rassegna, precisa e completa, dell'attuale dottrina tedesca del diritto e dello Stato (P. BISCARETTI DI RUFFIA, in *Archivio di diritto pubblico,* 1938, Fasc. I), che ci duole quindi di non aver potuto tener presente nel corso del lavoro.

Capitolo II.

CORRENTE PRAMMATISTA

Sommario: 25. Carattere «costruttivo» del prammatismo schmittiano. — 26. Elementi costitutivi del concetto di Stato. — 27. La categoria politica. — 28. Organicità e arazionalità della realtà politica. — 29. Critica al normativismo. — 30. Critica al decisionismo e al positivismo. — 31. I principi del *Führer* e della eguaglianza di stirpe: analisi e applicazioni nel campo del diritto. — 32. L'ordine concreto. — 33. *Totaler Staat e Rechtsstaat*. — 34. Le tre membra dello Stato nazionalsocialista. — 35. E. R. Huber: riferimenti allo Schmitt. — 36. La costituzione come decisione politica. — 37. La costituzione come ordine politico-giuridico. — 38. Critica dei vari concetti di costituzione. — 39. Costituzione e Stato. — 40. Struttura dello Stato.

25. Di fronte all'ordinamento positivo rinnovato dalla Rivoluzione e alle idee da questa introdotte in tutti i campi, una parte del pensiero tedesco, già maturo e perfetto, ha preferito, almeno in un primo momento, battere la via essenzialmente prammatista (1). L'atteggiamento cioè di alcuni autori, tra cui lo Schmitt, non è stato di voler creare su due piedi una nuova dommatica o di rivedere e manipolare i vecchi principi per adattarli alla nuova realtà, ma di analizzare meglio questa nella sostanza, per poi, eventualmente, far seguire alla critica ed all'analisi la costruzione.

Alcune osservazioni, però, si impongono.

Anzitutto il prammatismo della corrente in esame è, se vogliamo, impuro. E non potrebbe essere altrimenti. Se fosse puro e se si confondesse col positivismo si ridurrebbe ad una arida esegesi di principi

(1) A tale prammatismo dello Schmit e dell'Huber pochi degli autori minori aderiscono, mentre alcune loro costruzioni filosofico-giuridiche mostrano di essere più vastamente accolte.

politici e giuridici (la quale non andrebbe oltre l'ordinamento concreto) e ad una illustrazione formale delle nuove istituzioni. Il prammatismo dello Schmitt (e così quello dell'Huber) è, invece, anche costruttivo: esso è occasionale e serve di base, almeno nell'intimo desiderio dei due giuristi, ad una costruzione dommatica futura. Ma il costruttivismo dello Schmitt e dell'Huber dipende da un doppio ordine di cause, prevalentemente obbiettiva l'una, subbiettiva l'altra: la natura della realtà che essi analizzano e la compiutezza organica del loro pensiero.

La realtà, infatti, che cade sotto i loro occhi non è una « pura realtà formale, giuridica », non è un insieme di nuovi istituti, nè una serie di entità materiali del mondo sociale rinnovato, ma è il prodotto dell'incontro di elementi materiali e istituzionali con elementi spirituali, di riforma concreta con *Weltanschauung*. La Rivoluzione nazionalsocialista, per vero, (come la fascista) accentua enormemente la fusione tra « concezione ed azione » (« pensiero e prassi »), sicchè, in effetti, a qualunque osservatore, sia interno che esterno, diventa impossibile lo studio dell'un elemento senza il contributo vitale dell'altro. Sarebbe incompleto, se non errato, studiare la realtà sociale e giuridica della nuova Germania escludendo la concezione politica e filosofica che a tale realtà aderisce. Quindi, anche il lavoro dello Schmitt, che vuol essere prammatista, esegetico, non può non provocare contatti continui e completamenti tra il « positivo » e lo « spirituale », poichè positiva e spirituale è la realtà stessa che egli esamina. Già, dunque, da tale circostanza deriva un arricchimento del suo prammatismo, mediante elementi concettuali dommatizzanti; questi anzi, talvolta, rappresentano la base stessa del suo criticare.

L'altra causa è, come abbiamo detto, di carattere soggettivo; dipende dal fatto che spesso i trattatisti non riescono a disimpegnarsi e a prescindere dalle loro precedenti costruzioni, dai punti di arrivo cioè delle loro precedenti analisi, le quali non di rado funzionano da matrice alle nuove. Data, anzi, la compiutezza del pensiero dello Schmitt è lodevole che egli non abbia rinunciato ad ogni faticosa opera di interpretazione e di revisione e non abbia preferito più sem-

plici e più facili adattamenti. Avrebbe potuto farlo e, invece, ha voluto, e giustamente, riguardare realtà e dottrina affrontando un lavoro di critica, utile preparazione al confronto decisivo tra il vecchio e il nuovo, tra il già costrutto e il recentemente elaborato. Infiltrazioni, purtuttavia, del suo precedente pensiero nella stessa fase analitica, ancora in atto, non poterono essere completamente evitate. E' questa, appunto, la seconda ragione che spiega la « impurità » da noi rilevata (che, però — ripetiamo — si può anche dire « costruttività ») nel prammatismo di questo giurista.

26. La meta a cui egli vuol giungere è, naturalmente, il concetto di Stato. Si nota — in lui più che negli altri — il desiderio assurto addirittura a necessità di pervenirvi in modo pieno perfettamente soddisfacente la nuova concezione tedesca, sì che quello, pur giovandosi di fatto di altre nozioni fondamentali e addirittura presupponendole, dovrà restare tuttavia da esse scientificamente autonomo (2). Ma, se il concetto di Stato vuole essere nello Schmitt il finale e il principale, è in realtà nell'odierno suo pensiero proprio il meno importante. Si potrebbe dire che non appaia in modo chiaro ed esplicito, ma che sia ricavabile solo per conclusione. L'autore, infatti, più che un concetto di Stato, enuncia una descrizione sufficiente soltanto ad inquadrare l'analisi intrapresa (3).

Le nozioni viceversa fondamentali, intorno a cui il prammatismo schmittiano si svolge sono quelle di categoria politica, di ordine concreto e di costituzione. Anche quì occorre subito segnalare che tali

---

(2) E' interessante domandarsi se questa alta valutazione dello Stato come grandezza totalitria (politicamente) si sia nello SCHMITT, in parte almeno, generata sotto l'influenza della dottrina fascista che egli, a differenza di molti altri pensatori nazionalsocialisti, conosceva profondamente e genuinamente: egli ebbe, infatti, fra l'altro, la felice occasione d'intrattenersi in lungo colloquio scentifico con MUSSOLINI.

(3) Questo, naturalmente, da un punto di vista strettamente giuridico. Lo stesso SCHMITT, infatti, riconosce di non essere giunto ancora ad una vera e perfetta nozione di Stato e la stessa costruzione che egli fa, come vedremo, delle tre membra costituzionali non è considerata assolutamente da lui come definitiva.

concetti non vivono isolati e disgiunti, ma sono connessi strettamente tanto fra loro (il secondo, infatti, è direttamente unito al primo e il terzo al secondo) quanto con altri, tra cui preminente è quello, comune al pensiero nazionalsocialista, di collettività popolare. E' perciò evidente che una rassegna razionale della dottrina dello Schmitt è tutt'altro che semplice. A facilitarne l'esposizione tratteremo perciò di essa escludendo il concetto di costituzione. Ciò perchè, essendo questo il centrale nell'Huber, che allo Schmitt si riallaccia, potremo, attraverso il discepolo, conoscere il pensiero del maestro.

27. E' bene cominciare dalla nozione base che lo Schmitt assume della categoria politica e che costituisce, in pari tempo, l'alone di tutta la sua teorica (4).

« Il concetto di Stato — egli afferma — presuppone la conoscenza della categoria del politico ». Preso, infatti, in un primo momento in senso assoluto, come *status,* assetto politico di un popolo, « tutte le note di questo concetto (Status — egli dice — e Popolo) acquistano il loro significato dalla nota ulteriore (politico) e diventano incomprensibili qualora non venga intesa la categoria del politico » (5).

Orbene, definire la politicità non è facile. Invero, se essa è, come si è detto, un presupposto dello Stato, non può attraverso l'idea di Stato essere raggiunta. Dire, quindi, che « politico » e « statale » coincidono è errato, tanto più nei riguardi di uno « Stato totalitario » che tutti i settori abbracci della realtà sociale. La ricerca, quindi, del significato di politicità va portata in un campo che potrebbe dirsi prestatale e diretta, appunto, alla determinazione di una categoria politica assoluta.

A questo punto si inserisce lo Schmitt in un vero e proprio concettualismo dualistico, che egli accetta come sistema gnoseologico fondamentale. Posto, infatti, che la realtà concettuale è nella sua ultima

---

(4) Cfr. C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen,* Ediz. ital. nel volume *I principi politici del Nazionalsocialismo,* a cura di D. Cantimori, cit.

(5) *Ivi,* pg. 45.

riduzione costituita da due categorie opposte (Buono e Cattivo, Utile e Dannoso, etc.), quali saranno le categorie politiche definitive? «La peculiare distinzione politica a cui si possono ricondurre le azioni e i motivi politici — risponde *sic et simpliciter* lo Schmitt — è quella tra *amicus e hostis*» (6). Distinzione che fissa due categorie politiche del tutto indipendenti dalle altre (etiche, estetiche, ecc.), in quanto non possono essere spiegate per mezzo di queste nè per loro mezzo criticate. Sono originarie e fondamentali, chiave di particolari intendimenti. «Esse sono di tipo spirituale, come ogni manifestazione esistenziale dell'uomo, ma non costituiscono affatto antitesi normative o puramente spirituali» (7). Non promanano, infatti, da una finzione o da una statuizione (chè talvolta, anzi, si dirigono in senso contrario), ma provengono dalla realtà più nuda e sono, perciò, indipendenti da ogni formalismo od opportunismo.

Stabiliti, così, gli opposti, lo Schmitt si volge a meglio delinearne il contenuto. Ma ciò — si noti — soltanto in modo unilaterale e, precisamente, con l'analisi diretta della sola categoria di «nemico» (*hostis*); per modo che l'altra (quella di «amico») non apparirà che come automatica conseguenza della prima, come la sua ombra costante, che esaurisce la seconda metà del reale, con esclusione di ogni categoria intermedia o parallela (8).

«Nemico — precisa lo Schmitt — è *hostis,* non *inimicus* in significato ampio; πολέμιος non ἐχθρός, cioè, nemico pubblico e non privato, vale a dire l'appartenente a un determinato gruppo che combatte per la propria esistenza contro un altro gruppo che lotta per la stessa causa, sì che l'inimicizia non possa essere che riferita all'«aggruppamento totalitario» di quei combattenti (9). Il nemico politico

---

(6) *Ivi,* pg. 47.

(7) *Ivi,* pg. 50.

(8) Come quella dell'«indifferente». Vedremo la critica che ne farà il KOELLREUTTER (n. 42) affermando la priorità assoluta dell'amicizia (tra i Volksgenossen). Cfr. a tal riguardo la prefazione di A. VOLPICELLI al volume citato *I principi politici* ecc., in cui si trova una critica analoga.

(9) C. SCHMITT, *I principi politici,* cit., pg. 51.

è, adunque, nemico totalitario, esauriente, inconciliabile, perchè non si riferisce a un lato, ad un aspetto, ad un atteggiamento della vita dei singoli, ma riguarda tutta la vita, in tutte le sue manifestazioni sostanziali, di una intera collettività. Pertanto «l'antitesi politica è la più intensiva ed estrema ed ogni contrasto è tanto più politico, quanto più si avvicina ai poli dell'aggruppamento amico-nemico» (10).

28. L'ulteriore studio analitico delle due categorie sviluppato dallo Schmitt in relazione sopra tutto ai limiti ed alle possibilità di confusione tra sfera privata e sfera politica pubblica, nonchè le varie relative applicazioni (nei riguardi delle guerre, dei rapporti internazionali, etc.), non ci interessano. Insisteremo, piuttosto, su due punti della concezione fondamentale dello scrittore: la necessità di far riferimento ad una data collettività organicamente e totalitariamente; la impossibilità di intendere questa collettività, per quanto riflette il suo atteggiamento fondamentale, razionalisticamente o normativamente. Da questo secondo asserto prende le mosse la nozione politica del diritto e dello Stato alla quale l'Huber si riallaccia.

Sul primo punto lo Schmitt nota che il mondo politico è un «*pluriversum*» e non un «*universum*» (11); esso cioè non si esaurisce in una società universale (umanità) nè forse mai vi si potrà esaurire (12), ma si risolve in una molteplicità di gruppi, i quali spesso, nonostante siano in coordinamento, sono anche in contrasto. Tra questi uno è sempre superiore e, mentre domina e cerca di pacificare gli altri e magari anche gli stessi individui che li compongono, accentra in sè il potere di allontanare il nemico comune, nemico politico di tutta la collettività costituita da quei gruppi e da quegli individui. Al di sopra cioè di singole rivalità, concorrenze, ecc. tra privati e tra gruppi anche

---

(10) *Ivi*, pg. 52.
(11) *Ivi*, pg. 78.
(12) *Ivi*, pg. 80, in cui si dice: «L'umanità non è un concetto politico, non le corrisponde alcuna unità politica di comunità di uomini, nè alcuno status»; con che si viene a far cadere nella apoliticità tutte le varie dottrine e ideologie che l'umanità, come società perfetta universale, hanno per oggetto.

vasti, si prospetta sempre la possibilità di un nemico che a tutti indistintamente si oppone, imponendo e determinando l'azione comune. Solo questa collettività, circoscritta e individuata dalla necessità di repulsione del nemico comune, avrà, pertanto, rilevanza politica, sarà unità politica e ad essa esclusivamente potrà essere attribuita la denominazione di Stato (13).

In sostanza, base dello Stato è anche per lo Schmitt una collettività organica dei cui elementi costitutori egli non si interessa (14), guardando alla realtà finale di essa come a un dato di fatto, escludendo ogni indagine storica o filosofica o politica del suo processo di formazione, e, quindi, accettandone ed enunciandone una nozione assoluta e generale che con le categorie politiche si mostra, pertanto, in salda connessione. Soltanto l'esistenza, infatti, di collettività ermetiche e perfette, in opposizione tra loro, permette una costruzione della categoria del nemico che risponda fedelmente alla realtà (15). E' dunque, in questo senso, lo Schmitt essenzialmente antindividualista, oltre che antiumanitarista.

Il secondo punto riguarda, come si è detto, la impossibilità di considerare razionalmente o normativamente il fenomeno politico. Ciò dice lo Schmitt a proposito della guerra. « Non c'è nessun fine razionale, nessuna norma, per quanto giusta, nessun programma per quanto esemplare, nessun « ideale sociale » per quanto bello, nessuna legittimità o legalità, che possano « giustificare » che uomini si uccidano

---

(13) *Ivi*, pgg. 69 e sgg.

(14) Si ricordi che tale scritto sulla politica è di un'epoca abbastanza anteriore alla vittoria e alla definitiva formulazione della Weltanschauung nazionalsocialista. La concezione stessa dello SCHMITT, quindi, si presenta ottima base di un pensiero più vasto che ricomprenda in sè i noti postulati popolari, razziali, ecc.

(15) Apolitico dunque è per lo SCHMITT lo stesso modo di intendere liberale, anche se non diretto ad una comprensione umanitaristica del mondo; e ciò perchè il liberalismo, essenzialmente individualista, conduce « ad una prassi politica di diffidenza contro ogni immaginabile potere politico e contro ogni immaginabile forma di Stato » (*op. cit.*, pg. 95), senza i quali invece resterebbero le categorie amico-nemico inconcrete ed antistoriche. Sì che il liberalismo non è in grado di fornire nè un concetto di Stato, nè uno di politica, potendosi solo limitare ad una critica di essi (*ibidem*).

reciprocamente per essi... Non si può dar ragione di alcuna guerra, neppure con norme etiche o giuridiche » (16). Il fenomeno politico per eccellenza, dunque, la guerra (ma così, ci sembra debba opinarsi, secondo lo Schmitt, per ogni fenomeno politico) è insoggettabile ad una qualsiasi valutazione razionale, normativa. « Una guerra ha il suo significato nel fatto di esser combattuta contro un vero e proprio nemico » (17). Alla radice, quindi, del fenomeno politico non sta e non può stare altro che la coscienza, la sensibilità delle categorie assolute nemico-amico; sì che, possiamo dire, sarà il fenomeno politico in sè stesso un fenomeno di decisione in base a tale sensibilità (18). Non altro.

I progressivi sviluppi di queste formulazioni nel campo strettamente politico non riguardano la nostra indagine, cui preme, piuttosto, conoscere come il « decisionismo politico » dello Schmitt si trasferisca e si perfezioni nel campo più strettamente giuridico e statale.

29. Di ciò è stata data già in parte notizia a proposito della concezione statale del Larenz (19). Abbiamo visto come questi accolga un « realismo politico » che egli denomina volentieri con l'espressione dallo Schmitt prescelta: « *Ordnungs-und Gestaltungsdenken* ». La concezione di un ordine politico concreto, in cui lo Stato e il diritto trovano le loro ragioni di essere, è la intima sostanza del pensiero dei due scrittori tedeschi, anche se essi vi giungono per vie non perfettamente coincidenti. Lo Schmitt infatti, prammatista, vi perviene attraverso la critica al modo di pensare giuridico dei positivisti che, a suo parere, mal si adatta alle nuove istituzioni e attraverso l'analisi delle principali di esse. A questi due lati essenziali dovremo, pertanto, fare

(16) C. SCHMITT, *op. cit.*, pg. 74.

(17) *Ivi*, pg. 75.

(18) *Ivi*, pgg. 74-75: « ...fintanto che un popolo ha esistenza nella sfera della politica, esso deve di necessità determinare per propria decisione e a proprio rischio e pericolo la distinzione tra amici e nemici... Se un popolo non ha più la capacità o la volontà di compiere questa distinzione, esso cessa di esistere politicamente ».

(19) Vedi retro, n. 20, nota 68.

cenno prima di giungere alla nozione finale dell'ordine politico giuridico statale da lui data.

Per lo Schmitt i modi fondamentali di considerare la categoria giuridica possono essere tre: come norma, come atto di decisione, come concreto ordine ed assetto (20). Ciò perchè a queste tre diverse maniere di intendere il diritto stanno in corrispondenza tre effettivi elementi giuridici; per cui, a seconda che si prenda l'uno o l'altro come fondamentale, risulterà lo stesso concetto di diritto modificato (21). Ciò premesso, egli si accinge ad analizzare singolarmente detti modi di intendere, censurando con severità tanto il normativismo quanto il puro decisionismo.

Il primo — egli dice tra l'altro — concepisce le norme isolatamente ed astrattamente, al di sopra della realtà e della fattispecie (22); è un modo di intendere « impersonale ed obbiettivo » che tende a sostituire la legge, entità invisibile, all'uomo (νόμος βασιλέυς): senonchè — osserva ancora — il regno della legge, come sostituzione delle norme al sovrano, mentre non ha che un significato strettamente politico-polemico (23), conduce a far intendere tutto il diritto in luogo dell'uomo e del fatto concreto e a creare, quindi, una netta separazione tra norme e realtà, essere e dover essere (24). Nel che si ravvisa, ap-

(20) C. Schmitt, *Ueber die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* cit., pg. 7.

(21) *Ibidem*: « Alles rechtswissenschaftliche Denken arbeitet sowohl mit Regeln, wie mit Entscheidungen, wie mit Ordnungen und Gestaltungen. Aber die letzte, rechtswissenschaftlich gefasste Vorstellung, aus der alle anderen juristisch abgeleitet werden, ist immer nur eins: entweder eine Norm (im Sinne von Regel und Gesetz), oder eine Dezision, oder eine konkrete Ordnung ».

(22) *Ivi*, pg. 13: « Für eine reine normativistische Methode ist es dagegen kennzeichnend, dass sie die Norm oder Regel (im Gegensatz zur Entscheidung oder zur konkrete Ordnung) isoliert und verabsolutiert ».

(23) *Ivi*, pg. 15.

(24) *Ibidem*, « Aber « Nomos » heisst ebenso wie « law » (poco prima infatti erano ricordate le parole americane: government of law, not of men) nicht Gesetz, Regel oder Norm, sondern Recht, das sowohl Norm, wie Entscheidung, wie vor allem Ordnung ist; und Begriffe wie König, Herrscher Aufseher oder governor, aber auch Richter und Gericht, versetzen uns sofort in konkrete institutionelle Ordnungen, die nicht mehr blosse Regeln sind ». L'elemento umano e quello giuridico non possono essere dunque concepiti separatamente, come dal puro normativismo.

punto, la caratteristica del normativismo (25), per il quale il complesso astratto delle norme e l'ordine concreto sociale risultano due realtà distinte, a margini netti e, sopra tutto, indipendenti l'una dall'altra. La rottura, infatti, dell'ordine sociale non influisce, secondo detto modo di intendere, sul regno delle norme il quale seguita ad esistere incontaminato. Un delitto, ad esempio, per i normativisti è un fatto che spezza solo l'ordine concreto sociale, ma non anche l'ordine giuridico costituito delle norme e la pena è una semplice « invasione (*Eingriff*) nella sfera di libertà del criminale » (26).

Tale separazione ora non è più ammissibile. « Noi sappiamo — afferma lo Schmitt — che la norma presuppone una normale situazione e tipi normali. Ogni ordine, anche l'ordine giuridico, è legato a concetti normali e concreti che non da norme generali derivano, ma che, piuttosto, tali norme producono dal e per il proprio ordine ». E prosegue: « Una regola legislativa presuppone dei concetti normali che derivano tanto poco dalle stesse regole di legge che, senza di esse, il legiferare diventerebbe incomprensibile, nè più si potrebbe parlare di una norma. Una regola generale deve, invero, essere indipendente ed elevarsi al di sopra dei singoli casi, poichè molti e non uno soltanto deve regolarne; ma non vi riesce che in misura assai circoscritta, entro una sfera affatto determinata e solo fino ad una certa modesta altezza sulle concrete posizioni. Se eccede non è più capace di incontrare il singolo caso che deve governare. Diventa priva di senso e di relazione ». E termina: « Una norma pura, priva di riferimento ad una casistica (*situationlose*) ed atipica sarebbe un assurdo giuridico » (27).

30. Al puro decisionismo (*Entscheidungsdenken*), lo Schmitt si mostra contrario per una considerazione etica. Tale modo di intendere il diritto come puro comando (*Befehl*) e quindi, sostanzialmente, come

---

(25) *Ivi*, pg. 17.

(26) *Ivi*, pg. 18: « Der Verbrecher bricht dann nicht den Frieden oder die Ordnung; er bricht nicht einmal die generelle Norm als Regel; er bricht « juristisch betrachtet » eigentlich nichts ».

(27) *Ivi*, pgg. 22-23.

decisione o come volontà, è per lui addirittura immorale. L'arazionalità del diritto, come schietto atto di arbitrio e di autorità, indipendente da ogni norma etica, è inaccettabile. La formulazione dell'Hobbes, *auctoritas non veritas facit legem,* che il decisionismo identifica e sintetizza, contraddistingue un diritto che sorge da un « nulla normativo » e da un « concreto disordine » o, meglio ancora, da una « condizione di anarchia » (28). Se il sovrano non esercita la decisione giuridica di cui dispone sulle basi di un ordine prestabilito si cade di necessità in un assetto politico-giuridico dittatoriale (29).

Ma la critica più sevèra è mossa al positivismo, in quanto riassume in sè il normativismo e il decisionismo, scartandone il buono e accettandone il cattivo.

Il positivismo, infatti, trascura, considerandolo « extragiuridico », quanto cade al di fuori delle concrete formulazioni del diritto positivo. Una volontà (non importa quale) è alla base del diritto (decisionismo), ma questo non si riduce che ad una somma di regole positive, le quali solo nelle loro astrattezze devono interessare il giurista (normativismo). Dalla volontà del legislatore si passa così alla volontà della legge, e, infine, alla legge stessa come norma obbiettiva, per la quale sono irrilevanti giuridicamente non solo il processo di formazione, ma gli stessi suoi presupposti sociali, politici, economici ecc. Di quì le continue distinzioni tra giuridico e filosofico, politico, economico, morale ecc.

Il positivismo non spiana ma, anzi, aggrava le difficoltà del puro normativismo e del decisionismo, poichè non spiega l'origine dell'ordine giuridico e non offre la possibilità di valutazione di esso secondo norme al di sopra delle stesse norme positive (30). Nè — ed in questo sta la massima opposizione al positivismo mossa dalla piattaforma nazionalsocialista — esso riesce a dare rilevanza ad entità

(28) *Ivi,* pg. 28.

(29) *Ivi,* pg. 29. Sulla nozione nazionalsocialista di dittatura, in cui ancora ci imbatteremo, cfr. utilmente E. BECKER, *Diktatur und Führung,* in *Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart,* Tübingen, 1935.

(30) C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten* cit., pg. 37.

che la nuova età rivoluzionaria mostra, invece, di inserire nell'orbita del diritto. Tali le nozioni di moralità, di fedeltà, di dignità ecc. (31), il principio del *Führer*, quello del «nullum crimen sine poena» ed altri, i quali tutti non potrebbero essere intesi e spiegati secondo la concezione positivista. Non basta, dunque, questa correggere e migliorare, ma occorre addirittura superarla e sostituirla con un modo di intendere giuridico nuovo e più soddisfacente (32).

31. Sarà questo il terzo dei tre: quello cioè che ha per oggetto un «concreto ordine ed assetto» (*Konkrete Ordnung und Gestaltung*). Solo così potrà intendersi il nuovo mondo giuridico in tutte le sue manifestazioni, tra cui i concetti di fedeltà, seguito, disciplina, dignità ecc. (33).

Prima di osservare da vicino come tale modo di intendere giuridico dello Schmitt si presenti, vediamo succintamente, per quanto non del tutto interessante ai fini di questo studio, l'analisi che egli fa di alcuni dei nuovi e fondamentali principi. Tra essi pone lo Schmitt a base della concezione giuridica nazionalsocialista quello del *Führer* e quello dell'uguaglianza di stirpe, cui poi, naturalmente, altri fondamentali si ricollegheranno (34).

«Il Nazionalsocialismo — osserva egli innanzitutto — non pensa in maniera astratta e secondo una falsariga. Esso è nemico di ogni modo di fare normativistico e funzionalistico. Assicura e coltiva ogni vera sostanza nazionale, ovunque la incontri, nella terra, nella stirpe o nella classe» (35). E così si comporta essenzialmente nei riguardi del

---

(31) *Ivi*, pg. 58.

(32) *Ivi*, pg. 59.

(33) *Ivi*, pg. 63: «Das neue Staats- und Verwaltungsrecht hat den Führergrundsatz durchgesetzt und mit ihm Begriffe wie Treue, Gefolgschaft, Disziplin und Ehre, die nur aus einer konkreten Ordnung und Gemeinschaft heraus verstanden werden koennen».

(34) Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, 1935, cap. IV; *La categoria del Führer come concetto fondamentale del diritto nazionalsocialista*, in «Lo Stato», 1933, pag. 834.

(35) Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk*, cit., pg. 32.

diritto. Questo dovrà presentarsi come ordine concreto, aderente alla realtà ed alle necessità sociali. Tale funzione hanno in primissimo piano i due principi anzidetti in cui si realizza giuridicamente la concezione stessa nazionalsocialista della collettività.

« Guidare politicamente (*führen*), infatti, non è comandare, essere dittatore, governare secondo un sistema centralistico-burocratico o una qualsiasi altra maniera di dominare. Si danno parecchie forme di signorie e di comando, anche buone, giuste e ragionevoli le quali, tuttavia, non sono guida politica » (36). Nè tale concetto può essere chiarito con paragoni (come quello cattolico del pastore e del gregge, o del nocchiero, od altro). « Il nostro concetto non ha bisogno nè è capace di una immagine intermediaria nè di un paragone che lo rappresenti. Non deriva nè da barocche allegorie e rappresentazioni, nè da una cartesiana *idée générale*. E' un concetto dell'immediato presente e di reale presenza. Per questa ragione esso importa anche, come esigenza positiva, una incondizionata eguaglianza di stirpe tra guida (*Führer*) e seguito (*Gefolgeschaft*) » (37).

Una *Gemeinschaft* chiusa è, dunque, il presupposto della *Führung*.

Tutto ciò serve allo Schmitt per passare alla sistemazione logica di alcune innovazioni giuridiche. « Senza il principio fondamentale della uguaglianza di stirpe — egli prosegue — lo Stato nazionalsocialista non potrebbe esistere e la sua vita giuridica non sarebbe pensabile » (38). « Per il giurista studioso del nuovo diritto tedesco è particolarmente necessario divenire consapevole della forza sistematica e compenetrante tutte le considerazioni giuridiche di questo concetto della uguaglianza di stirpe. La finzione del vincolo normativista del giudice alla legge è diventata oggi, entro sfere fondamentali

(36) *Ivi*, pg. 41.

(37) *Ivi*, pg. 42. Idealismo obbiettivo dunque anche questo dello SCHMITT, in quanto si negano le idee innate o generali come entità aventi vita a sè, per relegarle all'interno della realtà dalla quale solo sono estraibili (idealismo induttivo).

(38) *Ivi*, pg. 42.

della pratica vita giuridica, teoricamente e praticamente insostenibile» (39). Il giudice cioè non può più essere asservito a «clausole generali» e a «concetti indeterminati», che da qualche tempo hanno aumentato in proporzione enorme. La «fede», i «buoni costumi», il «motivo importante» ecc. non soddisfano più, come contenuto di pure norme astratte e concetti giuridici indeterminati, nè la scienza nè la prassi. Occorre, invece, che tutto il modo di intendere giuridico sia condotto su di un piano che permetta la migliore determinazione ed una più conveniente funzione giuridica di questi elementi (40): nè basta concretizzare e particolarizzare queste norme generali, poichè occorrerebbe disciplinare tutti i casi immaginabili. Il che è assurdo.

Non resta, allora, che una soluzione: quella indicata dal sistema nazionalsocialista. Essa, fondata appunto sulla uguaglianza di stirpe e sul concetto di collettività organica, deve condurre non ad una nozione astratta di diritto e, con questa, ad una nozione astratta di funzionari, giudici, soggetti giuridici ecc., ma alla raffigurazione di un determinato diritto (tedesco) e di determinati uomini che in tale diritto vivono. Occorrerà cioè assicurare la «vera e propria sostanza della personalità». Questa non dovrà essere più un'entità astratta, ma strettamente connessa con le qualità concrete degli uomini a cui è attribuita e vincolata ai concetti di Nazione, di popolo e di stirpe. Ogni diritto, in altri termini, è diritto di un determinato popolo: esso può essere conosciuto a fondo e così possono essere conosciuti a fondo i vari elementi spirituali e materiali propri di quel popolo, solo da chi ne è parte integrante (41).

«Finchè si poteva credere che il giudice e anche il funzionario d'amministrazione rappresentassero soltanto una funzione di legalità normativista, il noto «automa applicatore della legge», una sem-

---

(39) *Ivi*, pg. 43.
(40) *Ibidem*: «Die Sicherheit und Berechenbarcheit liegt nicht in der Normierung, sondern in der als «Normal» vorausgesetzten Situation».
(41) *Ivi*, pg. 45.

plice «concretizzazione di norme astratte», si poteva non prestare attenzione alla verità che ogni pensiero umano è vincolato dall'essere, così come sono vincolate alla situazione concreta ogni norma ed ogni circoscrizione di fattispecie. La famosa frase del Montesquieu che il giudice è solo «*la bouche qui prononce les paroles de la loi*» fu intesa nel secolo XIX per lo più meccanisticamente. Per il nostro odierno sentimento essa conduce già nella sfera del vitale essere umano, pieno di differenze organiche, biologiche e popolari. Noi siamo oggi divenuti più sensibili: sentiamo, si può dire, anche la differenza delle bocche che dicono le pretese uguali parole e frasi» (42).

Sicchè, solo una capacità creativa del giudice e del funzionario in genere, i quali — come *Volksgenossen* — possono egregiamente interpretare in ogni istante così il diritto della collettività cui appartengono come i fatti materiali su cui devono decidere, può costituire quel superamento della generalizzazione delle clausole giuridiche e della indeterminatezza dei concetti giuridici costituenti uno dei profondi mali del modo di pensare positivista e razionalista del XIX secolo. Ma tale creatività, che d'altronde non può non essere senza restrizioni, per non degenerare in anarchia e per non dar luogo a seri pericoli politici, non è possibile che in una collettività razzialmente omogenea, costituita sulle basi del principio del *Führer* e in cui ogni singola personalità sia — ripetiamo — non astrattamente, ma concretamente valutata. Viene in tal modo resa accessibile al pensiero giuridico tutta una serie di valori che per il modo di intendere individualista e positivo sfuggivano ad ogni vaglio legale, come il dovere alla fedeltà ecc. (43). Il funzionario non ha più una posizione astratta di organo, di fronte al quale i vari cittadini si presentano uguali e liberi, cioè astatali, ma è un compagno di stirpe, un uomo concreto, capace di valutare in un unico ordine reale e il diritto e le fattispecie (44). Così, ad esempio, in seno alla organizzazione del

(42) *Ibidem.*
(43) *Ivi*, pg. 36.
(44) *Ivi*, pgg. 16 sgg.

lavoro non si verifica la contrapposizione di categorie astratte e generali di datori di lavoro e di lavoratori, ma si attua la fusione di uomini in una collettività organica entro cui, da un punto di vista funzionale, si potrà soltanto distinguere tra guida e seguito. Ed al contratto — norma astratta, regolatrice di una serie di rapporti generali — andrà a sostituirsi un ordine concreto di vita, nel quale l'elemento giuridico normativo è amalgamato alla realtà sociale (45).

Su tali basi, dunque, e cioè in seguito alla rassegna concreta di questi e di altri principi giuridici del Nazionalsocialismo, lo Schmitt indica la necessità di riformare l'intero modo di intendere giuridico. Si trova egli, quindi, su questo piano puramente programmatico, molto prossimo al pensiero riformatore dell'Höhn, pur distaccandosene per il metodo e per le conclusioni. Il pensiero dello Schmitt, infatti, non si dirige preconcettualmente contro determinate categorie giuridiche fondamentali per sostituirle — come invece farà l'Höhn nei riguardi del concetto di persona — ma tende esclusivamente ad una riforma di quelle categorie che si presti ad una sana comprensione e ad una razionale sistemazione, non solo di tutti i nuovi principi instaurati dalla Rivoluzione, ma della struttura stessa dello Stato nazionalsocialista (46).

32. Per una migliore intelligenza della dottrina dello Schmitt occorre rifarsi alla sua concezione di categoria politica, la cui applicazione, come si è detto, nel mondo giuridico fornirà la visione finale che di questo ha l'autore e che va sotto il nome di *Ordnungs-und Gestaltungsdenken*.

Si è visto che l'azione politica, come percezione delle categorie di amico-nemico, è in sè stessa un atto di volontà da attribuirsi alla collettività a cui quella percezione appartiene. Ma la collettività, per poter svolgere un'attività sensibile e decidente, non può essere una qualsiasi. Non la società, infatti, intesa individualisticamente sarà

(45) C. Schmitt, *Ueber die drei Arten* cit., pg. 64.
(46) *Ivi*, pg. 66.

idonea a ciò e neppure una qualunque associazione o altro di simile, ma solo una unità ed una comunità politica (47), una collettività cioè organica, chiusa, indipendente, capace di autodeterminarsi e di governarsi naturalmente mediante la selezione di una *Führung*. Ecco, dunque, che siffatta collettività, soggetto della decisione politica, non può che contenere già un ordine: quello stesso che le permette di essere unità politica, soggetto di decisioni politiche. Il fatto di costituire un organismo, un qualcosa di storicamente, culturalmente, socialmente compatto ed inconfondibile, presuppone un ordine concreto, secondo il quale la collettività si plasma e si attua. Senza l'assunzione di tale ordine non sarebbe la *Gemeinschaft* concepibile, ma si risolverebbe in una *Gesellschaft* e sarebbe incapace di qualsiasi decisione.

In che cosa detto ordine, fondamento della collettività come unità politica, consista risulta però poco chiaro nel suo contenuto più intimo. Esso — ci sembra — sostituisce, assumendone quindi la stessa portata, lo Spirito collettivo dei filosofi. Comunque, è ordine naturale, concreto, presupposto insopprimibile, senza cui la stessa decisione politica non si potrebbe verificare, oppure si verificherebbe « disordinatamente » ed anarchicamente. Si ricadrebbe cioè, per quanto concerne la produzione giuridica, nel combattuto decisionismo. Se, quindi, decisionistica è nel suo fondo la concezione dello Schmitt, è peraltro il suo decisionismo convogliato e costretto entro l'alveo spirituale obbiettivo dell'ordine concreto; sì che la decisione politica armonizza completamente con questo, tanto da divenirne parte e conseguenza (48). La prima, in altri termini, non avviene e non può avvenire secondo un libero arbitrio — che allora non alla collettività ma a singoli dovrà essere attribuita e la forma statale conseguente degenererà in dittatura — ma in perfetta aderenza, in piena conformità con l'ordine concreto in cui la *Gemeinschaft* vive.

---

(47) C. Schmitt, *I principi politici* cit., pg. 69. E' dunque alla Gemeinschaft, così come è questa intesa dai filosofi, che anche lo Schmitt si riferisce, assumendola come ambiente indispensabile.

(48) Cfr. K. Larenz, *Volksgeist und Recht*, cit., pgg. 47 sgg.; E. R. Huber, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung*, Hamburg, 1935, pg. 40.

Per quanto, quindi, si riferisce alla produzione del diritto, si deve dire che essa è effettivamente l'opera di una decisione politica, ma spiccatamente di una decisione espressa e attuata nei termini dell'ordine concreto. Le norme, pertanto, che ne deriveranno non saranno la causa dell'ordine sociale (secondo il modo di pensare positivista), ma ne saranno le conseguenze (49). A questo punto, lo Schmitt si richiama al pensiero del Romano e dell'Hauriou, osservando che i loro concetti di ordinamento giuridico e di istituzione rappresentano un sistematico tentativo di ripristinare una maniera giuridica di intendere concreta, in cui non la norma astratta, ma l'ordinamento o l'istituzione, nella loro complessità organica ed unità, vengono posti alla base. Egli, perciò, condivide le idee del Romano quando afferma che il mutare di una norma giuridica è più la conseguenza che la causa del mutare dell'ordinamento (50).

---

(49) Cfr. C. SCHMITT, *Ueber die drei Arten* cit., pg. 13: «Für das konkrete Ordnungsdenken ist «Ordnung» auch juristisch nicht in erster Linie Regel oder eine Summe von Regeln, sondern, umgekehrt, die Regel nur ein Bestandteil und ein Mittel der Ordnung... Die Norm oder Regel schäfft nicht die Ordnung; sie hat vielmehr nur auf den Boden und im Rahmen einer gegebener Ordnung eine gewisse regulierende Funktion mit einem relativ kleinen Mass in sich selbständigen, von der Lage der Sache unabhängigen Gelten».

(50) *Ivi*, pg. 24, pgg. 54 e sgg. La coerenza dello SCHMITT in questa concezione dell'ordine concreto — che non è per lui un puro ordinamento giuridico, ma un ordine complesso e totalitario in cui una data collettività politica in ogni istante si trova — si può riscontrare in alcune questioni pratiche, come, ad esempio, nell'interpretazione della legge di pieni poteri del 24 marzo 1933. Sostiene infatti l'A. che tale legge è chiamata a torto «di delegazione» o «di pieni poteri» (Ermächtigungsgesetz) poichè è piuttosto da intendersi come costituzione provvisoria (vorläufige Verfassung). Ora, a parte gli argomenti di diritto positivo usati dall'A. a sostegno di questa tesi e che a noi non interessano, è in tale versione riconoscibile il suo pensiero fondamentale di un ordine concreto e reale che non può essere il contenuto di un semplice atto di delegazione legislativa, formale. Quella legge, perciò, non ha fatto che porre nei termini giuridici un fenomeno di rinnovamento costituzionale totalitario ed è per questo che va considerata come costituzione. Sull'argomento cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk* cit., pgg. 5 sgg., *Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* nella «Deut. Jur. Zeit.» 1933, pgg. 455 sgg., in cui lo SCHMITT trova il fondamento giuridico della legge sullo stato di necessità, ispirandosi ad una dottrina già vastamente elaborata in Italia; R. BEZLER, *Das Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* in «Deut. Jurist. Zeitung», 1933 e G. A. WALZ, *Das Ende der Zwischenverfassung,*

Nell'intendere come principio vitale congenito del popolo l'ordine concreto, materiato attraverso la continuità delle autodecisioni politiche, lo Schmitt giunge ad una concezione che, se nel suo fondamento è decisionistica, si riveste per altro di un colore che si può qualificare metafisico, data la necessità di « aderenza » delle decisioni politiche con l'ordine interno che — egli dice — è davvero un che di « soprapersonale » molto simile — ripetiamo noi — allo Spirito obbiettivo dei filosofi.

33. Tale ideazione porta alla duplice concezione dello Stato come « giusto » e come « totalitario ».

Ma che cos'è lo Stato per lo Schmitt? Abbiamo già dichiarato che effettivamente non è troppo semplice il precisarlo.

Crediamo opportuno, sull'argomento, utilizzare in parte gli insegnamenti dell'Huber e del Forsthoff che alle idee dello Schmitt si saldano direttamente.

Il primo dice (51): « Lo Stato nazionalsocialista è, secondo la nota espressione di Carl Schmitt, uno Stato totalitario (*totaler Staat*) e la sua totalitarietà non si limita alla penetrazione spirituale della Nazione, ma comprende anche le sfere materiali della vita popolare ». E prosegue: « Lo Stato totalitario tedesco stabilisce che il contrasto liberale tra Stato e società è superato e che tutti i fatti sociali sono compenetrati e determinati dalle leggi vitali, dal *nomos* dello Stato... Esso è la unità sopraordinata e la totalità che dà ragione e direzione ai fenomeni sociali » (52). Combaciamento, dunque, della società con

---

Stuttgart, 1933, entrambi della medesima opinione dello SCHMITT. Per l'interpretazione opposta invece di legge di delegazione in base all'art. 76 della Costituzione di Weimar, vedi G. ANSCHÜTZ, *Kommentar zur Reichsverfassung*, Berlin 1932-1933 e A. DILLER, *Die Legalität der Nationalsozialistischen Revolution*, Erlangen 1935.

(51) Cfr. E. R. HUBER, *Die Gestalt des deutschen Sozialismus*, Hamburg, 1934, pg. 12.

(52) *Ibidem*. Poco oltre, tuttavia (pg. 13) segna l'A. delle distinzioni tra sfera statale e popolare: « Il popolo non vive soltanto nel campo più propriamente statale, anche se questo da un punto di vista storico e politico è il più importante. Cultura ed educazione, scienza ed economia appartengono per sè stesse alla sfera del Volkstum, non a quella politico-statale... Tale distinzione tuttavia tra popolo e

lo Stato (Società che è, peraltro, popolo) in cui, secondo noi, è contenuto il concetto stesso di Stato, sia pure da un punto di vista nazionalsocialista. Lo Stato deve intendersi infatti, per lo Schmitt, come il popolo nella sua unità politica, nella interezza del suo ordine di vita pubblica e, come vedremo in seguito, munito di una propria costituzione. La quale determina per lo Schmitt la statalità del popolo e l'unità politica popolare, attuata appunto secondo una concreta organizzazione, trasforma in Stato.

Questo, allora, come intendimento del popolo in tutte le sue manifestazioni, è nella teoria dello Schmitt Stato totalitario, realtà concreta materiale e spirituale, in cui la vita del popolo si effettua e in cui si verificano le decisioni politiche. Essendo, quindi, lo Stato, sempre secondo questa teorica, lo stesso fenomeno di costituzione giuridica dell'unità politica popolare e non potendosi tale costituzione avverare se non entro i cancelli di un ordine concreto, sarà lo Stato totalitario nazionalsocialista anche uno Stato giusto. La sua costituzione infatti, come prodotto di una decisione politica verificatasi in armonia con detto ordine, a questo aderirà e non sarà il prodotto di una volontà arbitraria. « Noi distinguiamo — egli afferma (53) — fra diritto e arbitrio, distinguiamo una semplice pretesa prepotente da una pretesa giuridica ». E' dunque questa evoluzione da un semplice e puro decisionismo ad una concezione più complessa di ordine concreto che determina la giustezza dello Stato. E' il concetto di Stato giusto, rispondente all'ordine concreto di vita di un dato popolo, quello che deve surrogare l'insufficiente concetto di Stato di diritto liberale (54).

Egual modo di intendere lo Stato come prodotto di una costituzione giusta, perchè aderente all'ordine concreto, si ritrova nel Forst-

---

Stato non significa separazione ed opposizione... Il popolo e i suoi propri valori sono dallo Stato permeati e plasmati, ma non si confondono con lo Stato... Come Carl Schmitt ha affermato, ivi si tratta di un « totaler Staat » nel senso della qualità e dell'energia ».

(53) Cfr. C. SCHMITT nella « Juristen Wochenschrift » 1934, pgg. 713 sgg.

(54) *Ibidem*. Sul concetto vastamente discusso dalla dottrina tedesca attuale di Stato di diritto, cfr. ancora HELFRITZ, nella « Deut. Jur. Zeit » del 1° aprile 1934; O. KOELLREUTTER nella stessa rivista A. 1933, pgg. 517 sgg.

hoff. Il quale, inoltre, lo sviluppa applicandovi direttamente il principio del *Führer*. « Ogni sistema di comando (*Herrschaftsordnung*) — egli scrive (55) — riposa sulla distinzione tra *Führung* e *Geführtsein, Herrscher* e *Regierten,* cioè tra governanti e governati. Questa, pertanto, è sempre antidemocratica, poichè la democrazia è una forma di Stato che viene essenzialmente caratterizzata dall'uguaglianza dei governanti e dei governati ». E ancora: « Ogni *Herrschaftsordnung* presuppone una costituzione spirituale, inquantochè non è il rango un fatto materiale visibile, ma un fenomeno spirituale e politico. La distinzione tra governanti e governati come principio dell'ordinamento statale è perfettibile soltanto metafisicamente... Un governo autoritario non ha bisogno di una legittimazione superiore. Tale legittimazione deve essere semplicemente metafisica » (56). La giustezza della costituzione è, dunque, per il Forsthoff, essenzialmente data dalla giusta selezione tra governanti e governati, raggiunta secondo un principio metafisico vivente nel popolo stesso. Del tutto metafisicamente, perciò, egli interpreta l'ordine concreto dello Schmitt.

34. Con ciò abbiamo completato l'esame dello svolgimento del pensiero politico-giuridico di questo autore e del suo modo di intendere lo Stato nazionalsocialista. Per concludere, resta a vedere come egli ne presenti la struttura che, se per una parte è già materia di diritto positivo, si appalesa peraltro interessante e originale.

La struttura dello Stato nazionalsocialista, secondo lo Schmitt, è a tre membra. Il complesso politico statale (lo Stato nella sua latissima essenza di Stato totalitario) è, infatti, un concetto di molti altri comprensivo e, quindi, giuridicamente indeterminato. Non può, di conseguenza, esaurire e soddisfare una dottrina giuridica ed occorre perciò guardar meglio nell'interno di esso e giungere alla intelligenza di concetti più ristretti e più precisi. Per questa ragione lo Schmitt afferma che lo Stato nazionalsocialista, come realtà complessa e totalitaria, cioè

---

(55) Cfr. E. Forsthoff, *Der totale Staat*, Hamburg 1934, pg. 30.
(56) *Ivi*, pg. 31.

lo Stato in senso ampio, è una realtà risultante da tre membra fondamentali: lo Stato in senso stretto, il movimento e il popolo (57).

Il primo, che si chiama Stato solo per tradizione, mentre meglio sarebbe attribuirgli un'altra denominazione, è costituito dall'insieme delle autorità e degli uffici statali, compreso l'esercito; è cioè un apparato burocratico ed organico. E' esso, dice lo Schmitt, il lato politico-statico dello Stato in senso largo. Il secondo, il movimento, è il Partito politico unico, l'*élite* politica, elemento dinamico accanto allo Stato. Il terzo, il popolo (sempre in senso stretto) è il complesso delle organizzazioni sociali, economiche, culturali, ecc., non statali, apolitiche, in cui rientra quello che potrebbe chiamarsi, con espressione fascista italiana, l'organismo corporativo (58).

Guardiamo ora le relazioni e le interferenze fra le tre membra.

Esse si presentano innanzitutto come tre organismi a sè stanti, ognuno anzi come un ordinamento concreto avente propria vita, dotato di proprie caratteristiche e di proprie funzioni. Ripudia, dunque, lo Schmitt l'idea kelseniana che tutto il diritto considera «diritto statale», per accogliere quella della pluralità degli ordinamenti giuridici (59). Pluralità, tuttavia, che ritorna unità allorchè ci si riferisca all'organismo politico complesso (Stato in senso largo), in cui i tre ordinamenti a loro volta convergono e rientrano. Non solo, ma pluralità che presuppone un intimo vicendevole collegamento.

Non, infatti, l'ordine concreto costituito dal Partito, quello dello Stato e quello corporativo sono tra loro indipendenti poichè se, da un lato essi «procedono l'uno accanto all'altro, ordinati ciascuno in sè medesimo», dall'altro «si incontrano» in determinati punti decisivi, sopratutto al vertice, hanno determinati collegamenti e contatti reciproci, trasversali che, però, non possono cancellare la distinzione e formano, nel loro complesso, unificato dalla serie ordinativa che sostiene il tutto, la struttura dell'unità politica» (60). Dunque, lo Stato

(57) C. Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk* cit., pg. 11.
(58) *Ivi*, pgg. 12-13.
(59) *Ivi*, pg. 16.
(60) *Ivi*, pg. 12.

(in senso largo) non è un organismo includente organi che gli sono direttamente connessi, ma è un tutto composto di tre membra distinte che non sono suoi organi così come l'uno non è organo dell'altro, ma sono ordini concreti, separati e coordinati. Così il Partito non è organo dello Stato (nè dello Stato in largo senso, nè, tanto meno, in senso ristretto); e così neppure i *Länder,* l'organizzazione corporativa, l'amministrazione autonoma, le persone di diritto pubblico, ecc. formano una realtà giuridicamente del tutto separata.

Viceversa, in seno allo Stato in senso stretto sarà esatto parlare di organi, sì che esso risulterà un vero e proprio organismo, parte, a sua volta, di un tutto più vasto. Si badi però che, dal punto di vista della unità politica statale totalitaria, delle tre membra anzidette una è in situazione di preminenza e in potestà di decisione: il movimento. La connessione, infatti, che tra quelle esiste va, sopratutto, intesa nel senso che il Partito, come elemento politico dinamico, permea le altre due, determinandone direttamente o indirettamente il funzionamento. Da un punto di vista politico, pertanto, e non più giuridico, si dovrà concludere che non il Partito è organo dello Stato (in senso stretto) ma questo di quello (61). Siccome, però, non è possibile nell'ordine concreto distinguere la politica dal diritto, non si potrà dire nè che lo Stato sia il *prius,* determinatore delle altre entità che risulterebbero, in questo caso, statali o non statali, nè che sia il *prius* il Partito, giacchè, se così fosse, questo diventerebbe Stato. Il Partito è solo in una posizione di preminenza politica fra le tre membra formanti il tutto complesso della unità politica statale del popolo, ma ciascuna di queste nella sua struttura giuridica è — ripetiamo — autonoma e separata (62).

---

(61) C. SCHMITT. *Ueber die drei Arten* cit. pgg. 66-67: « Der Staat als besondere Ordnungsreihe innerhalb der politischen Einheit hat nicht mehr das Monopol des Politischen, sondern ist nur ein Organ des Führers der Bewegung ».

(62) Giusta ci sembra la critica di A. VOLPICELLI nella Prefazione cit. con la osservazione che il superamento della separazione tra popolo e Stato, più che con la inserzione di un terzo elemento, il Partito, sarà possibile attraverso la risoluzione in questo dei due primi, diventando in ultima analisi Stato il Partito.

35. Anche l'Huber — come abbiamo detto — si caratterizza per un prammatismo costruttivo. La parte della sua opera che maggiormente ci riguarda e che serve a completare, fra l'altro, la dottrina dello Schmitt, è quella relativa al concetto (omesso nella esposizione del precedente paragrafo) di costituzione. Da questo concetto, infatti, si passa alla determinazione di quello di Stato.

Il collegamento fra i due scrittori si ha nelle nozioni di decisione politica e di ordine concreto. Accettate le categorie politiche di amico-nemico, l'Huber non fa che svilupparle e applicarle direttamente al popolo. Solo un popolo — egli asserisce — ha la capacità di combattere contro nemici esistenziali, politici (63). Ma — d'altro canto — non la sola determinazione del nemico completa il mondo politico. Essa va semplicemente considerata come un segno esteriore del destarsi di un popolo e della sua missione storica. Il grado di intensità del contrasto amico-nemico non è per sè stesso realtà politica, ma è energia interna della sostanza politica di un popolo. E questa, a sua volta, anzichè essere una sfera limitata della vita popolare con la prosperità, la cultura, la potenza ecc., è piuttosto la totalità e la base dell'essere del popolo (64).

36. Il primo concetto di costituzione che l'Huber accetta è quello schmittiano di «decisione politica». Un popolo, quale unità politica, è capace di decisioni politiche (65), tra cui fondamentale rela-

---

Su tale argomento per altro assai interessante dei rapporti, sia ideali che legali, tra Stato e Partito nel Reich, cfr. G. BALLARATI, *Il Partito nazionalsocialista* cit.; R. PELLOUX, *Le Parti Nationalsocialiste et ses rapports avec l'État*, Paris, 1936; nonchè di tedeschi: W. STUCKART, *Partei und Staat*, Berlin 1936; G. NEESSE, *Partei und Staat*, Hamburg, 1936. Appresso vedremo il pensiero del KOELLREUTTER in proposito.

(63) E. R. HUBER, *Wesen und Inhalt der politischen Verfassung* cit., 1935, pg. 44. Tale connessione tra Volk e Politischen è nell'A. tanto forte che egli giunge ad affermare che è proprio la lotta politica a creare un popolo, non la cultura o altro.

(64) *Ivi*, pg. 45: «Das Politische ist die Totalität der völkischen Substanz».

(65) Nella sua maggiore e più recente opera infatti l'HUBER distingue tra popolo come entità naturale (naturhaftes Volk), determinata da elementi puramente

tiva alla essenza stessa di quello, è la costituzione. Lo Schmitt, infatti, da questo lato fenomenologico la definisce «decisione complessiva sopra il genere e la forma dell'unità politica», decisione consapevole ed autoritaria (66). Essa presuppone, pertanto, l'esercizio di un potere politico (potere costituente) e ne pone in prima linea il problema che l'Huber affronta e risolve soddisfacentemente. La decisione politica che ha per oggetto la costituzione è fenomeno storico; non può essere, dunque, nè fenomeno razionale, nè puramente giuridico o ideale, in cui si voglia, con particolari sistemi, avvicinare e mettere d'accordo, secondo una concezione democratico-liberale, le singole volontà degli individui formanti il popolo, per raggiungere la loro artificiosa partecipazione all'esercizio del potere politico (67). Essa non può avvenire che irrazionalmente ed anormativamente nei riguardi di un qualsiasi processo di valutazione ideale; ma ciò non significa che si avveri disordinatamente e alla cieca, poichè sarebbe un viaggiare a vele spiegate nei mari dell'anarchia e dello scetticismo. Avviene, per contro, «giusta un determinato ordine» che non è razionale, artificiale, prodotto di elaborazioni mentali, ma concreto, reale, inerente allo stesso popolo soggetto della decisione politica. Accoglie, dunque, l'Huber l'idea schmittiana dell'«ordine concreto» che foggia e determina le decisioni politiche (68); ordine, peraltro, che egli vorrebbe meglio dello Schmitt precisare e che, tuttavia, non riesce a far intendere meglio di un «principio naturale e spirituale» posseduto dal popolo come «*Nomos*» fondamentale di vita (69).

La decisione, inoltre, avverrà non già per opera di una volontà combinata dalla fusione delle varie volontà dei singoli e, tanto meno,

materiali, e popolo come unità politica (politisches Volk), caratterizzato dall'autocoscienza. Cfr. HUBER, *Verfassung,* Hamburg, 1936, pgg. 56 sgg.

(66) Cfr. C. SCHMITT, *Verfassungslehre,* München-Leipzig 1928, pg. 21.

(67) Cfr. E. R. HUBER, *Wesen und Inhalt* cit., pgg. 61-62. Per la critica che l'A. fa alla concezione liberale vedi appresso (n. 38).

(68) E. R. HUBER, *Wesen und Inhalt* cit., pg. 40: «Niemand hat sicherer und schärfer als Schmitt den reinen juristen Dezisionismus kritisiert, in dem die «souveräne Entscheidung» nicht aus einer «konkrete Ordnung», sondern aus dem «anarchischen Zustand völliger Unordnung und Unsicherheit» hervorgeht».

(69) *Ivi,* pg. 41.

di una volontà estranea al popolo, tirannica, ma in virtù di una volontà che in seno al popolo si forma, si fa strada e perfeziona il suo contenuto in armonia con l'ordine concreto popolare (70).

Tale volontà decidente, forza storica e politica concreta, è il vero potere costituente che non deve essere assolutamente confuso con il diverso e falso concetto usato dai giuristi per indicare certi organi dello Stato, aventi competenza relativa alla modificazione della costituzione medesima. Detti organi, infatti, anzichè integrare un potere costituente, rappresentano al contrario un potere costituito, in quanto presuppongono una attribuzione giuridica di potere, mentre è proprio nella attribuzione originaria che sta la decisione politica, il cui esecutore si presenta come potere costituente che non sarà mai un organo od un organismo formale, costituito, ma una forza libera da ogni ordine razionale e subordinata soltanto ad un ordine spirituale e naturale, interno e concreto (71).

37. Se, però, la costituzione è concepibile a primo aspetto come atto di decisione politica di un popolo, a meglio osservarla si presenta, più che come decisione, come oggetto di decisione, ordine a cui la vo-

---

(70) *Ivi*, pg. 62. Finisce quindi l'HUBER con l'affermare che Hegel aveva in un certo senso ragione quando diceva che ogni popolo ha la costituzione che maggiormente gli si addice e gli appartiene.

(71) E. R. HUBER, *Wesen und Inhalt* cit., pg. 62: «Der pouvoir constituant ist diejnige politische Macht, die nach revolutionärer Auffassung befugt ist, die bestehende Ordnung umzustossen und durch eine völlig neue Ordnung zu ersetzen». Questo concetto prettamente politico-rivoluzionario del potere costituente porta dunque l'HUBER ad escludere la possibilità di organi costituenti, nel vero senso della parola, in seno ad una determinata costituzione. Aggiunge anzi l'A. che nemmeno il concetto di rivoluzione permanente, cui per altro s'è ricorso, può venire in aiuto dell'opinione opposta, poichè un ordine, una volta stabilito, non può che tendere alla durata e non può essere quindi sovvertito che da un potere costituente giacente al di fuori di esso. In seno dunque ad una costituzione potranno solo trovarsi organi competenti a provocarne lo sviluppo ed il perfezionamento, ma non anche il suo radicale, sia pur graduale, cambiamento (*Ivi*, pgg. 64-65). Ma tutto questo, ci sembra, contrasta con certi tipi di costituzioni, non soltanto rigide, ma anche flessibili, che prevedono proprio il caso di un mutamento ab imis della propria struttura.

lontà contenuta in quell'atto era diretta (72). Da questo punto di vista finale, dunque, l'Huber definisce la costituzione come «l'ordine fondamentale della vita e dell'azione politica» (73). Ordine cioè politico del popolo — in cui questo si viene a trovare per propria cosciente deliberazione — che con l'altro concreto, interno e, potremmo dire, originariamente inconscio, si trova strettamente connesso. E' — si potrebbe aggiungere — lo stesso ordine concreto di un popolo divenuto cosciente attraverso l'atto di decisione e trasformatosi, quindi, da «naturale e spirituale» in «politico». Riaffiorano così nel concetto di politica, ancora una volta, gli elementi fondamentali di autocoscienza e di volontà. Un valore spirituale, sociale cioè, nel momento in cui diviene cosciente e voluto, diviene anche politico. Ma la coscienza e la volontà — che provocano la trasformazione dell'ordine naturale e spirituale in ordine concreto, politico, cioè in costituzione — segnano, per l'Huber, contemporaneamente un altro fondamentale passaggio: quello del popolo allo Stato (74). Conviene, però, prima di procedere oltre, insistere sulla nozione di costituzione e avere migliore notizia della critica che l'Huber fa dei vari concetti di essa.

La costituzione è, nella mente di questo scrittore, come in quella dello Schmitt, un qualcosa di concreto e reale perchè politico e voluto: «ordine fondamentale che compone i diversi valori e le diverse forze politiche in unità statale», superando in pieno ogni concezione positivista o puramente giuridica. Il che è strettamente connesso al concetto antinormativista che l'Huber ha del diritto. «Senza la decisione politica e il fenomeno storico non è possibile — egli osserva —

---

(72) *Ivi*, pg. 41: «Die Verfassung wird durch eine politische Entscheidung geschaffen, aber sie ist nicht selbst diese Entscheidung. Sie ist nicht der Entstehungsvorgang als solcher sondern die durch die Entscheidung gestaltete Ordnung».

(73) *Ivi*, pg. 42: «Die Verfassung ist im völkischen Staate die Grundordnung des politischen Lebens und Handelns».

(74) *Ivi*, pg. 46: «Die Verfassung als politische Erscheinung ist die Ordnung, in der das Volk seine naturhafte Art zu entfalten und seine geschichtliche Idee dauernd zu verwirklichen vermag, die Ordnung also, in der es Sein und Sendung am vollkommensten erfüllen kann. In dieser Funktion ist die Verfassung nicht nur völkische, sondern zugleich staatliche Ordnung».

alcuna vita del popolo e dello Stato» e quindi nessun ordine. Ora il diritto non è una somma astratta di norme aventi valore in sè stesse, ma è un ordine concreto che dalla decisione non può essere disgiunto. Politica e diritto sono, in altri termini, anche per l'Huber, la medesima cosa. Ma, per l'Huber, ciò non significa nemmeno che il diritto sia qualcosa di spiritualmente imposto o uno Spirito alla maniera del Larenz. E' il prodotto di fatti reali, di decisioni (del legislatore, del giudice, del funzionario, ecc.) (75). Anche, dunque, a voler guardare alla costituzione come fenomeno giuridico, questo risulterà una realtà concreta, intimamente ed essenzialmente politica, incapace di essere percepita attraverso elementi esteriori e formali: è, cioè, ordine politico e giuridico insieme (76). Sarà infatti possibile alla costituzione e al diritto in genere risultare visibili attraverso leggi o altro. Ciò non starà a significare però che sia la legge fonte della costituzione o del diritto, mostrando, al contrario, che la legge e, in particolare, la legge costituzionale, è diritto in quanto è espressione di un ordine vivente (77). Perciò, per avere rilevanza giuridica, la costituzione non richiede particolari formalità come la scrittura e la pubblicità, e nemmeno ha bisogno di essere intesa come consuetudine, per il semplice fatto che è di per sè stessa diritto (78).

Viene meno anche ogni necessità di considerare la costituzione come atto formale di accordo tra autorità e popolo e neppure occorre la proposizione che a base di essa un tale accordo deve stare (79).

38. L'Huber svolge, dunque, una critica a tutte le concezioni che non sorprendono o che sorprendono malamente della costitu-

(75) *Ivi*, pgg. 40 e 47: «...ist das Recht geformte Ordnung in der lebendigen Wirklichkeit des Volkes... Ist alles Recht «politisches Recht», d.h. es ist unmittelbarer Ausdruck eines politischen Seins».

(76) *Ibidem*: «Die Verfassung ist als politische Ordnung zugleich rechtliche Ordnung».

(77) *Ibidem*. Rientra in tal modo l'Huber nella Romantik.

(78) *Ivi*, pg. 48: «Sie ist das Recht im höchsten Sinne, sie wird nicht Recht, indem sie sich in der Form des Gesetzes oder der Rechtsgewohnheit kundtut».

(79) Non infatti come approvazione giuridica, ma come semplice fondamento di fede e presupposto politico della decisione governativa considera l'Huber il plebiscito del 1933 (cfr. *op. cit.*, pg. 16).

zione la concretezza politica di «ordine». Primo bersaglio di censura è il concetto puramente formale e giuridico di costituzione come «contenuto di norme giuridiche in conformità delle quali deve comportarsi l'azione dello Stato». Simile concetto, infatti, puramente normativo di costituzione proprio del positivismo — afferma l'Huber — e della scuola giuridica purista è senza valore ed è privo di presupposti. Non interessa che la costituzione ordini valori ed energie viventi nel popolo e che assolva a compiti che si impongono storicamente al popolo; essa vale, a prescindere da questi valori fondamentali, solamente perchè vale» (80).

Insoddisfacente, per l'Huber, è anche la concezione puramente sociologica sorta in contrapposto alla precedente, per la quale la costituzione sarebbe un mero fenomeno sociale, vale a dire l'insieme dei «rapporti concreti tra le varie forze esistenti in una determinata società», o, meglio, «tra le varie forze politiche della Società dirette all'unità organica del volere e dell'azione comune» (81). Insoddisfacente perchè esclude in modo assoluto ogni valutazione giuridica parificando il legale con l'illegale (82).

Nè egli trova del tutto accettabile, pur riconoscendole il pregio di un apprezzabile e degno tentativo di superamento delle due opposte concezioni fin qui esaminate, la teoria dell'integrazione formulata dello Smend. Teoria per la quale — come vedemmo — (83) lo Stato è una entità sociale dinamica, continuamente in movimento e in divenire. Tale divenire (processo di integrazione, secondo l'espressione dello Smend) però non si verifica in un modo qualsiasi, bensì secondo un ordine giuridico, che è precisamente la costituzione. Ma

(80) *Ivi*, pg. 21.

(81) *Ivi*, pg. 22. Tale concezione, sviluppatasi con LORENZ von STEIN, *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich*, Leipzig 1850, in cui veramente si trovano due concetti di costituzione, uno sociologico ed uno giuridico, fu poi ripresa da F. LASSALLE, *Ueber Verfassungswesen* e da A. SCHÄFFLE, *Bau und Leben des sozialen Körpers*, Tübingen 1881-1882, dei quali sono nel testo riportate rispettivamente le definizioni.

(82) E. HUBER, *Wesen und Inhalt*, cit., pg. 23.

(83) R. SMEND, *Verfassung und Verfassungsrecht* cit.

ciò — oppone l'Huber — mentre riporta, da un lato, ad una concezione sociologica della costituzione, poichè tale processo integrativo è puramente sociale, non ne dà, dall'altro, una definizione aderente alla realtà. Essa resta in una sfera puramente astratta e generale e sta solo a indicare il movimento continuo e indeterminato della società, senza una nozione dell'ordine in cui questa (come popolo) vive e che non è semplicemente spirituale o ideale, ma concreto ed esistenziale (84).

Anche da respingere per l'Huber è la c. d. concezione organica della costituzione, la quale dalla concezione organica dello Stato direttamente proviene. Concepire, infatti, la costituzione come la legge fondamentale dell'organizzazione dello Stato, della distribuzione delle competenze ecc., se poteva avere un significato politico durante la lotta contro la monarchia assoluta, in quanto precisava i concetti di persona giuridica statale e di organo (da attribuirsi anche al monarca), non si ridurrebbe oggi ad altro che ad un semplice regolamento tecnico burocratico (85).

La concezione (essenzialmente politica) a cui l'Huber dedica una critica particolare è la democratico-liberale. Questa, si è già in parte visto, considera la costituzione, per usare le parole di Lorenz von Stein, come l'organismo della partecipazione dei singoli all'intero interno organismo statale, in particolare alla formazione ed alla determinazione delle volontà personali dello Stato (86), ed è, d'altro canto, espressione — come ancora lo Stein afferma — del principio di uguaglianza e di pluralità in seno al popolo, necessario espediente per la realizzazione del postulato della sovranità popolare (87). La costituzione, quindi, si concretizza nell'ordine statale diretto alla difesa ed alla salvaguardia di questi principi fondamentali.

L'osservazione che l'Huber contrappone è la seguente: « Il punto debole del concetto liberale di costituzione sta nel fatto che dalla

---

(84) E. Huber, *Wesen und Inhalt* cit., pgg. 24 sgg.

(85) *Ivi*, pg. 28.

(86) L. von Stein, *op. cit.*, pg. 37.

(87) E. Huber, *Wesen und Inhalt* cit., pg. 31.

necessità della libertà e della sicurezza dei cittadini, che è qualcosa di negativo, non si può sviluppare alcun ordine statale ». E spiega: « Lo Stato deve essere formato da altre forze; le direttive liberali possono essere quindi istituite solo per limitarlo e circoscriverlo. Possono formare, perciò, soltanto una parte della costituzione accanto a cui devono stare le forme e le forze che lo Stato innanzitutto costruiscono » (88). Tuttavia, nella stessa formulazione democratico-liberale egli vede la necessità di concepire la costituzione come un collegamento tra Popolo e Stato, che però considera da detta formulazione assolutamente non raggiunto. Ciò perchè — come già aveva osservato lo Schmitt (89) — una profonda contraddizione egli riscontra nella teorica criticata, la quale, mentre da un lato nella costituzione vede il sistema di immissione del popolo nello Stato, la concepisce, dall'altro, come garanzia della libertà del primo di fronte al secondo. E' dunque su altre basi che questo collegamento, che è anzi compenetrazione tra popolo e Stato, deve essere inteso e realizzato.

39. La concezione della costituzione, come abbiamo accennato, conduce l'Huber al concetto fondamentale di Stato. « Il popolo — egli scrive — che trova la sua forma politica nella costituzione, diventa con ciò solo Stato; la costituzione è l'elemento per cui il popolo si trasforma in Stato » (90). In tal modo questo viene ad essere concepito come il popolo in un particolare atteggiamento, cioè in quello costituzionale, politico. « Forma ed assetto politico come fenomeno stabile del popolo » lo definisce infatti l'Huber (91). « Da oggetto del potere statale, quindi, il popolo si trasforma in contenuto (*Inhalt*) dello Stato; e lo Stato diviene la forma della reale vita politica del popolo ». L'ordine statale e l'ordine popolare sono, adunque, tutt'uno. Il popolo è uno Stato quando il suo ordine spirituale e naturale di-

---

(88) *Ivi*, pg. 34.

(89) Cfr. C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität*, München-Leipzig, 1932, pg. 60.

(90) E. HUBER, *Wesen und Inhalt* cit., pg. 46.

(91) *Ibidem* ed E. HUBER, in « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft » Vme 95, 1933-34, pgg. 1 sgg.

venta ordine concreto, cosciente e voluto (attraverso la decisione politica). Si può dire quindi, in ultima analisi, che la costituzione, essendo l'ordine comune del popolo e dello Stato, coincide con questo, è essa stessa lo Stato; per cui si dovrà concludere non che lo Stato *ha* una costituzione, ma che *è* una costituzione e, precisamente, la costituzione di un popolo (92).

Che la costituzione sia l'elemento che stabilisce l'assoluta identità tra popolo e Stato l'Huber precisa meglio nel suo ultimo e più completo lavoro (93) e perciò combatte l'opinione di chi vuol considerare questo — in base alla definizione di «mezzo a scopo» che ne dà Hitler — come semplice apparato a servizio di quello (94). Rileva infatti che lo stesso Hitler definisce poco oltre lo Stato come «organismo vivente di una Nazione» (95); il che deve spingere a considerarlo assai più di un semplice apparato e precisamente come «l'aspetto del popolo politicamente inteso» (*Gestalt des politischen Volks*) (96). E' anzi per il fatto dell'assunzione della forma statale che il popolo si trasforma da pura realtà materiale (*naturhaftes Volk*) in realtà politica (*politisches Volk*) (97). Tuttavia, afferma l'Huber, ciò non signi-

---

(92) E. Huber, *Wesen und Inhalt*, cit., pgg. 46-47: «Die Verfassung ist die Grundordnung des Staates und damit selbst der Staat. Insofern gilt der Satz, dass der Staat nicht eine Verfassung hat, sondern eine Verfassung ist». Cfr. C. Schmitt, *Verfassungslehre*, cit., pg. 4. Con ciò si elimina — afferma l'Huber — ogni possibilità di concepire lo Stato come Machtapparat, distinto dal popolo, o come dominatore del popolo o come semplice istrumento popolare (*op. cit.*, loc. cit.).

(93) E. Huber, *Verfassung* cit., 1936, pg. 66: «Das neue Reich verwirklicht die vollständige Einheit von Volk und Staat».

(94) A. Hitler, *Mein Kampf* cit., pg. 433: «Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen».

(95) *Ivi*, pg. 434: «Wir, als Arier, vermögen uns unter einem Staat also nur den lebendigen Organismus eines Volkstums vorzustellen, der die Erhaltung dieses Volkstums nicht nur sichert, sondern es auch durch Weiterbildung seiner geistigen und ideellen Fähigkeiten zur höchsten Freiheit führt».

(96) E. Huber, *Verfassung* cit., pg. 66: «Ein lebendiger Organismus ist eben gerade nicht totes Instrument oder wesenloser Apparat». E a pg. 67: «Die Lehre vom völkischen Reich begrifft Volk und Staat als eine untrennbare Einheit».

(97) *Ivi*, pg. 67: «In der Gestalt des Staates wird das Volk wahrhaft politisches Volk». E a pg. 68: «Der neue Staat ist die Gestalt des politischen Vol-

fica che lo Stato crei il popolo, poichè è piuttosto il popolo che diventa politico assumendo la forma di Stato. Nè per tale deve intendersi quella semplicemente burocratica, di ordine quieto; essa è infatti determinata dal continuo attuarsi di una volontà e di un'azione politica. Ma non è nemmeno puro processo dinamico alla maniera dello Smend; è qualche cosa di complesso che concilia in sè un ordine concreto ed un succedersi di decisioni secondo tale ordine (98).

E' in tal senso che anche per l'Huber si pone il problema della volontà statale, che anch'egli risolve in base alla considerazione del *Führer* come detentore naturale della volontà del popolo. Questo, infatti, si deve considerare fornito di una volontà come dato obbiettivo — distinto dall'insieme delle opinioni e dei convincimenti subbiettivi — che non può manifestare se non attraverso un uomo il quale da indistinta la rende determinata.

Per l'Huber, quindi, il *Führer* non è nè rappresentante del popolo nè organo dello Stato; è, invece, il *Träger* della volontà collettiva: colui per cui mezzo la volontà popolare si manifesta evolvendosi dallo stato latente di puro sentimento (*Gefühl*) in atto concreto e, anche, for-

---

kes ». Per cui, essendo la forma costituzionale tedesca attuale il Reich, può l'HUBER affermare: « Das Reich ist die konkrete politische Gestalt, in der das deutsche Volk zum Staat geworden ist » (pg. 70). Modo pressochè uguale di intendere lo Stato come « Lebensform eines Volks » (Kjellén) si ritrova nel GERBER (*Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reichs*, Tübingen 1935, pgg. 8 sgg.), il quale considera la costituzione come l'elemento di autocoscienza che trasforma l'apolitica collettività in un « Grosses Ich » agente. Egli quindi respinge per lo Stato ogni concezione tecnica strumentale. « Per vivere — dice l'A. — non si serve un popolo di uno Stato, ma deve essere uno Stato » (pg. 19).

(98) E. HUBER, *Verfassung* cit., pg. 68: « Es ist seinem Wesen nach nicht nur bürokratische Form und ruhende Ordnung, sondern zugleich politischer Wille, immer erneuetes politisches Entscheiden und Handeln ». E a pg. 69: « Als Gestalt ist der Staat nicht reine Bewegung, die im ewigen Fliessen und Gleiten oder in permanente Revolution die geschlossene Einheit, die völkische Ueberlieferung und die zielsichere Entfaltung gefährden würde. Als geschichtliche Macht bedarf das Volk der gefügten und geprägten Ordnung, die allein ihm Dauer verleiht... Er ist weder Mechanismus noch Organismus. Er ist nicht sein mechanischer Ablauf, sondern in ihm wird aus der Treue und Verantwortung gegenueber dem Volke geschichtlich entschieden und gehandelt... Er ist die Einheit von Tat und Dauer in einer lebendigen Ordnung ».

male (99). Questa soluzione — mentre ha un significato politico in quanto respinge in pieno ogni sistema rappresentativo parlamentare (100), non ne ha invece alcuno dal punto di vista tecnico-giuridico. Invero, considerare il *Führer* come mezzo umano di estrinsecazione della volontà popolare è fare di esso un organo naturale del popolo quale unità politica incapace di manifestare immediatamente una volontà. Il che non solo non supera — come, invece, crede l'Huber — il concetto di organo, in quanto non fa che istituire un organo del popolo in luogo di un organo dello Stato, ma confonde la posizione giuridica del *Führer* con il processo politico della sua selezione entro la collettività. Il fatto di essere il *Führer* organo naturale del popolo — cioè un individuo che per le sue qualità è destinato a guidare il popolo stesso — se ha un significato politico di scelta, non ne spiega la posizione di diritto (101), che non può assolutamente sfuggire ad una valutazione giuridico-formale (concetto di organo, di rappresentante o altro).

L'asserzione, anzi, di dover parlare dell'uno o dell'altro concetto dovrà essere basata su argomentazioni strettamente giuridiche e non su concetti politici che solo sul contenuto e non mai sulla forma delle istituzioni (di organo, di rappresentante o altro) potranno influire.

---

(99) *Ivi*, pg. 91: « So ist auch der Wille des Volkes eine ojektive Gegenheit, die von der subjektiven « Volksüberzeugung », d.h. den Meinungen, Bestrebungen und Befürchtungen der jeweils lebenden Volksangehörigen unterschieden werden muss ». E appresso: « Der Führer ist der Träger des völkischen Willens; er ist unabhängig von allen Gruppen, Verbänden und Interessenten, aber er ist verbunden an die Wesensgesetze des Volkes... Der Führer ist kein Vertreter einer bestimmten Gruppen, deren Aufträge er auszuführen hätte. Er ist auch kein Organ des Staates im Sinne eines bloss ausführenden Handlungsträgers. Er ist vielmehr selbst der Träger des völkischen Gemeinwillens; in seinem Willen tritt der Volkswille in die Erscheinung. Er wandelt das blosse Gefühl des Volkes in einem bewussten Willen ».

(100) *Ivi*, pg. 90: « Die völkische Staatsauffassung beruht auf der Erkenntnis, dass der wahre Wille des Volks nicht durch parlamentarische Wahlen und Abstimmungen gefunden werden kann, sondern dass der Wille des Volks nur durch den Führer rein und unverfälscht hervorgehoben wird ».

(101) Anche, ad esempio, per il sistema parlamentare dire che i Deputati erano portatori della volontà del popolo sarebbe stato asserire una verità (o falsità) puramente politica, senza toccare affatto la loro posizione giuridica.

40. Lo Stato, per essere lo stesso popolo costituito politicamente, ha una struttura che è popolare (*völkischer Staat*). Mentre, da un lato, rappresenta il popolo nella sua unità (in quanto questo, come entità politica, è una unità), si scinde, dall'altro, in una serie di elementi interni e coordinati. Siamo cioè di fronte ad una concezione della struttura dello Stato (in senso largo) come nello Schmitt. La distinzione delle membra che formano lo Stato popolare non è però identica nell'Huber e nello Schmitt. Nell'Huber, infatti, occorre distinguere: 1) la *Führung*, guida politica, elemento autoritario fondato sulla fedeltà, sulla fede e sull'ubbidienza del seguito (anche per lui, dunque, come per gli altri, distinzione fondamentale della *Volksgemeinschaft* in *Führung* e *Gefolgschaft*); 2) il movimento, inteso presso a poco alla maniera dello Schmitt; 3) l'apparato statale, coincidente con lo Stato in senso stretto dello Schmitt, ma che l'Huber preferisce chiamare, per non crear confusioni, « ordinamento autoritario », in quanto in seno ad esso si esplica l'autorità della *Führung;* 4) l'ordine popolare, coincidente col terzo elemento (popolo) indicato dallo Schmitt (102).

---

(102) *Ivi*, pgg. 78 sgg.

CAPITOLO III.

GIERKISCHE RENAISSANCE

SOMMARIO: 41. In generale. — 42. Fondamento politico dello Stato. — 43. Popolo e Nazione. — 44. *Führung* e *Rechtsgemeinschaft*. — 45. Il contenuto politico dello Stato. — 46. La forma giuridica dello Stato. — 47. Diritto pubblico e privato. — 48. Lo Stato come persona giuridica. — 49. Osservazioni del Merk. — 50. La costituzione. — 51. Elementi dello Stato: *a*) popolo; *b*) territorio. — 52. *c*) Governo. — 53. Organi e struttura dello Stato. — 54. Stato e Partito. — 55. Separazione dei poteri.

41. Nella concezione di quei giuristi che, come Otto Koellreutter, non vogliono abbandonare la tradizione della scuola del Gierke e insistono invece nell'applicarne i principi alle nuove forme positive costituzionali, appare il popolo non proprio coincidente con lo Stato e tanto meno sostitutivo di esso, ma suo sostrato vivente e fondamentale. Protesa anche questa corrente a « concretizzare » il fenomeno statale, non trova difficoltà a servirsi della concezione politica e filosófica del Nazionalsocialismo per intendere lo Stato nella maniera organico-unitaria che aveva contraddistinto la dottrina di Otto von Gierke, in un momento in cui dilagavano gli astrattismi giuridici dell'Albrecht, del Laband e del Meyer.

Fine ultimo, dunque, della nuova tendenza, è ricondurre il concetto di Stato, come personalità, da un campo puramente astratto ad un piano realistico, aderente alle nuove manifestazioni dell'idealismo obbiettivo. Per questa ragione il pensiero degli autori che la professano va qualificato nella maniera da noi enunciata, cioè come « Rinascenza gierkiana », mentre è superfluo aggiungere che una infinità di elementi segnano le distanze tra il Gierke ed i suoi eredi. Non già, infatti, questi ultimi si trovano di fronte la stessa dottrina combattuta

del Gierke o gli ulteriori sviluppi di essa; nè si incontrano semplicemente in dottrine nuove, indipendenti, che con le prime hanno in comune la maniera astratta di intendere il diritto e quindi lo Stato, come quella del Kelsen; o in opinamenti puramente positivi che, per evitare l'astrattismo, rinuncino ad una qualsiasi costruzione sistematica; ma urtano addirittura contro tutto un ambiente ostile formato dall'intero pensiero individualista, in cui lo stesso Gierke si adagiava e dal quale non potè non essere profondamente influenzato. Sarà, infatti, per la necessità di eliminare in blocco tutto quanto appartiene a quell'ambiente che altri respingeranno, come individualista, la stessa opera del grande maestro. Maniera facile per superare le difficoltà dell'analisi e della scelta, ma non sempre adatta ad una costruzione solida che voglia giovarsi delle grandi conquiste del passato.

Per questo, dunque, si presenta la «Rinascenza gierkiana» come la corrente attuale giuridicamente più complessa e completa che, effettivamente, può assurgere a scuola. Ciò, però, non esclude che elementi nuovi e fecondi o, per lo meno, interessanti e discutibili, siano dagli altri, che contro tale corrente si pongono, indicati e svolti.

Chi, tra i molti, più autorevolmente impersona la *gierkische Renaissance* è Otto Koellreutter. Di lui quindi essenzialmente seguiremo per questa parte l'insegnamento.

L'atteggiamento iniziale, giuridico, che assume il Koellreutter è di netta opposizione ad ogni astrattismo o, come egli si esprime, ad ogni sopravalutazione della dommatica. Sopravalutazione — soggiunge — che riposa essenzialmente nel fatto di voler tenere del tutto distinto il pensiero giuridico da quello politico, mentre in realtà il primo si presenta legato al secondo (1). Anzi, non la forma giuridica è l'elemento costitutivo e decisivo della realtà sociale, ma questa sta nel contenuto politico; onde quelle forme possono essere applicate

(1) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verfassungsrecht*, cit., pg. 22: «Aus dem organischen Denken des Nationalsozialismus folgt, dass auch er die Ueberschätzung der Dogmatik ablehnen muss... In Wirklichkeit das richtige juristische Denken sich von den politischen Grundlagen niemals lösen kann, sondern sie mitdenken muss».

anche quando il contenuto politico muti. Infatti, egli spiega, il risultato positivo di ogni rivoluzione è in genere il sovvertimento dei principi politici e, quindi, del contenuto di un determinato ordine politico, ma non anche delle forme in cui tale ordine si manifesta, cioè delle costruzioni tecniche giuridiche, che restano o per lo meno possono restare immutate. La distinzione tra «forma» e «contenuto», che porterà alla concezione dello Stato come «recipiente del popolo», è la premessa che consente l'inserzione del pensiero politico in quello giuridico (concretismo giuridico) e, insieme, il mantenimento di alcuni principi giuridici fondamentali (tradizionalismo giuridico) (2).

42. E' per questo, dunque, che l'autore prende il fenomeno politico fondamentale come punto di partenza della sua dottrina che vuol essere puramente nazionalsocialista.

Dove si deve cercare l'elemento politico fondamentale su cui costruire tutta la concezione? «Ogni epoca — afferma il Koellreutter — ha una concezione diversa dell'essenza del fenomeno politico, poichè questa è sempre l'espressione di un determinato comportamento spirituale (3). Egli accentua, perciò, l'eticità della politica la quale, quindi, non è intesa soltanto come manifestazione economica dello spirito, ma altresì sentimentale e morale. Come fenomeno etico, spirituale, non può allora essere la politica che fenomeno tutto proprio della psiche dell'individuo, il quale appunto, come uomo politico, «incorporerà l'espressione spirituale della vita politica di un'epoca (4). Senonchè — si badi — concepire gli individui, come tali,

(2) E' tale distinzione e fusione a un tempo tra forma giuridica e contenuto politico che decide per una concezione più o meno generale ed assoluta dello Stato. A seconda infatti che si dia più rilevanza (da un punto di vista metodologico) alla prima od alla seconda, apparirà rispettivamente il concetto di Stato universale (BINDER, HELFRITZ) ovvero empirico e contingente (es. il KOELLREUTTER medesimo).

(3) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verfassungsrecht* cit., pg. 1.

(4) *Ibidem*: «Deshalb sind immer Menschen, als Träger eines bestimmten Typus, die als politische Menschen den geistigen Ausdruck des politischen Lebens einer Zeit verkörpern».

portatori (*Träger*) del fenomeno politico, non significa ricadere nella concezione liberale o individualista.

Anche il «cittadino» della Rivoluzione francese formò un «tipo politico» e, precisamente, il tipo politico rispondente al comportamento spirituale borghese del tempo. Oggi tale comportamento è superato, di guisa che al tipo «uomo politico» della società liberale individualista e alle sue degenerazioni democratiche ne va sostituito uno nuovo che più corrisponda e meglio aderisca alle nuove necessità spirituali.

Il pensiero del Koellreutter si sviluppa, quindi, in modo piano.

Le nuove necessità spirituali sono caratterizzate da particolari sentimenti che sono inconfondibili ed insostituibili, nei quali il Nazionalsocialismo consiste. Tali i sentimenti di popolo, di razza, di potenza nazionale, di miglioramento sociale, ecc.; tutti sproni spirituali che non possono non portare — ed in realtà hanno portato — ad una concezione essenzialmente organica della società e del popolo. Ecco, allora, che la rappresentazione dell'individuo come tipo politico resta radicalmente. Ed è qui che il Koellreutter si innesta in pieno nella concezione del Nazionalsocialismo: in quella cioè, che non vede nell'individuo un atomo, ma un membro della società, con funzioni non soltanto individuali, ma organiche e universali. Combatte egli, perciò, a questo punto, il pensiero dello Schmitt relativo al concetto di «politico», osservando che male esso si adatta al tipo nazionalsocialista.

Lo Schmitt, come si è visto, concepisce la politica come espressione della sensibilità di un particolare contrasto preesistente entro certe categorie spirituali; quello riassunto nell'antitesi amico-nemico. Tutti i fenomeni politici sarebbero contraddistinti dal fatto del verificarsi nei termini segnati da tale contrasto. Orbene, a parte le obbiezioni che a tale concezione possono essere mosse, ma che in verità il Koellreutter non muove, ha questi evidentemente ragione quando non accetta (da un punto di vista, si badi bene, nazionalsocialista) la formulazione dello Schmitt. Data, infatti, la generalità di questa, essa può ancora reggere, nei riguardi di una concezione organica, fin tanto

che venga applicata ad una collettività personificata, ma non anche quando la si riferisca ai singoli che tale collettività vengono a formare. Il contrasto amico-nemico non può che ancorare il singolo in un estremo individualismo che non solo è agli antipodi con il modo di intendere nazionalsocialista, ma fa pensare, come osserva il Koellreutter, all'« animale di rapina politico » dello Spengler, e, possiamo aggiungere, all'*homo homini lupus,* poichè anche il fatto dell'amicizia ha una ragione economica individuale e contingente.

L'uomo, come tipo politico nazionalsocialista, si presenta in tutt'altra maniera e precisamente in quella che, sorta dalle vicende politiche della guerra e della vita comune di trincea, non esaspera il senso di ostilità verso il nemico, ma esalta piuttosto quello di cameratismo verso il proprio compagno. Non già, dunque, l'urto tra i sentimenti di amicizia e di inimicizia costituisce il fondamento etico del fenomeno politico, ma solo quello di amicizia, e, specificatamente, di amicizia verso i propri camerati. « Il *camerata* forma, perciò, nella concezione nazionalsocialista il tipo propriamente politico » (5).

Ma, siccome il cameratismo presuppone una collettività entro cui l'individuo si senta compagno e amico degli altri individui che la costituiscono, si ha che il tipo, potremmo dire, ancora indefinito di *Kamerad* si concretizza in quello definito di *Volksgenosse,* cioè di compagno in seno alla precisa collettività che è il popolo. Senza, dunque, tale concetto di popolo come collettività perfetta, il vero tipo politico nazionalsocialista rimane incomprensibile. L'uomo in sè non ha rilevanza politica. « La sfera privata dell'uomo è nella sua essenza apolitica » (6). Egli diventa entità politica in quanto è considerato in funzione di membro di una collettività. Quindi, « l'essenza della po-

---

(5) *Ivi,* pg. 4: *Der deutsche Führerstaat,* Tübingen 1934, pg. 8.

(6) O. Koellreutter, *Grundriss der allgemeinen Staatslehre,* cit., pg. 11: « Der Mensch als Einzelwesen ist « unpolitisch », und er bleibt es auch in der privaten Sphäre, soweit er private gefällige Bedürfnisse befriedigt ». E poco oltre così definisce l'uomo politico nazionalsocialista: « Zum homo politicus wird der Mensch erst dadurch, dass er sich seiner Beziehungen zum höchsten Gemeinschaftwesen, in das er hineingestellt ist, bewusst wird. Er wird dann in der Sphäre des politischen Lebens aktiv oder passiv tätig ».

liticità può essere ritrovata soltanto nella *Gemeinschaft*». Sfocia, dunque, il Koellreutter, per una via alquanto diversa da quella dei filosofi, nella concezione del popolo come elemento base di ogni valutazione che è, in fondo, anche quella dello Schmitt e dell'Huber. Egli può, in conseguenza, assumere a definizione della politica la stessa espressione di Hitler, secondo il quale è questa «la percezione degli interessi vitali di un popolo e la pratica attuazione della sua lotta per la vita con ogni mezzo» (7).

43. In questo senso, dunque, occorre procedere dal concetto base di popolo per costruire saldamente e in modo sano il rapporto tra popolo e Stato che nelle teorie demoliberali si mostra, per contro, del tutto falso e insufficiente. E' dallo studio cioè del popolo come entità politica organica ed unitaria, composta di individui che sono membri e *Volksgenossen*, che la stessa teoria generale dello Stato deve prendere le mosse; onde questa potrà essere definita nel suo contenuto sostanziale «teoria dell'essenza politica dei popoli» (8). Il popolo, infatti, e non lo Stato, determina la continuità della storia. «Lo Stato in sè stesso non ha alcun valore politico proprio» (9). Esso — si può dire — è pura forma che ha bisogno di un contenuto per essere giuridicamente percepita e intesa, mentre, priva di tale contenuto, diventa una entità che, anche a volerla concepire con Hegel come realtà dell'idea morale, appare astratta e trascendente ogni nozione di popolo e, quindi, straniera al Nazionalsocialismo.

E' allora il concetto «politico» di popolo, da cui si passerà a quello di Nazione, che il Koellreutter fissa come base. Da esso deriveranno gli altri più propriamente giuridici di popolo e di Stato. E in tale passaggio si differenzierà essenzialmente la scuola rappresentata da questo scrittore da quella che una dommatica del tutto nuova vuole istituire.

---

(7) A. HITLER, nella conferenza del 27 gennaio 1932.

(8) O. KOELLREUTTER, *Grundriss* cit., pg. 6.

(9) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verf.* cit., pg. 10.

Il popolo è, per il Koellreutter, una grandezza politica globale e decisiva che ogni altra comprende o determina. Esso non rappresenta, quindi, contrariamente alla opinione dello Schmitt, il «lato apolitico» della realtà, che cresce «all'ombra e sotto la protezione delle decisioni politiche», ma è entità decisiva e decidente essa stessa, chè altrimenti la formula hitleriana secondo cui «ogni potere statale procede dal popolo» (10) resterebbe inspiegata. Movimento e partito, *Führer,* diritto e Stato non sono, perciò, e non possono essere che entità concettuali presupponenti l'idea di popolo, in quanto o ne integrano una parte (come ad es. il Partito) o ne sono la creazione (come lo Stato e il diritto) (11).

Anche su questo punto il Koellreutter non può non subire l'influenza delle concezioni razziste; tuttavia, in conformità col Larenz, non assume l'elemento biologico come l'unico ed esclusivo determinatore dell'entità popolare. Riconosce anche e sopratutto l'importanza di due altri fattori, che potremmo chiamare spirituali: la cultura e la storia. Sangue e territorio (*Blut und Boden*) da un lato, cultura e storia comuni (*Kultur- und Schicksalsgemeinschaft*) dall'altro, formano per lui i quattro poli entro i quali il popolo si definisce, trovando la sua espressione essenziale nella comune madrelingua (12). Ma perchè l'essenza politica di un popolo sia perfetta, affinchè cioè un popolo possa chiamarsi Nazione, occorre che sia cosciente della propria individualità. E' Nazione, dunque, il popolo, che, oltre a collettività naturale (*Wesengemeinschaft*) sia anche collettività coscientemente politica e volontaria (*Willensgemeinschaft*) (13). Il concetto

(10) *Ivi,* pg. 64.

(11) *Ivi,* pg. 65, ove si accentua la differenza con la concezione mussoliniana secondo la quale lo Stato è il prius e tutto il resto, tra cui la Nazione, il posterius. Ma ciò essenzialmente da un punto di vista storico, per intender lo Stato, alla maniera del KRIECK, come un fine supremo da raggiungere.

(12) *Ivi,* pg. 67: «Danach verstehet man unter Volk eine durch Abstammung und Geschlechtsverbindung entstandene, durch das Leben in einem bestimmten Raum geprägte, durch gemeinsame Kultur gewordene Schiksalsgemeinschaft, die im wesentlichen Ausdruck in eniner gemeinsamer Sprache (Muttersprache) findet».

(13) *Ivi,* pg. 72: «Nation ist dann das Volk, das sich als Wesensgemeinschaft

spengleriano, quindi, a cui il Koellreutter accenna, di *Kulturnation* si rivela manchevole in quanto la *Kultur,* se è necessaria per una parte alla formazione di un popolo, non ne è però il fattore esclusivo e non determina in esso quello stadio di vita più eletto e più perfetto che è l'autocoscienza, per la quale si richiede un elemento essenziale volontario.

E' la volontà perciò, come volontà cosciente, quella che sostanzia la Nazione; ma ciò non significa che di essa si debba avere il concetto che ne aveva il Renan di un *plébiscit de tous les jours.* Non bisogna, infatti, dimenticare che Nazione e popolo nella loro essenza si identificano e che, quindi, anche della prima si deve avere quel concetto organico ed unitario che il Nazionalsocialismo ha del secondo. La volontà cosciente che eleva un popolo a Nazione non sarà la volontà di tutti i cittadini o delle loro maggioranze, ma della *Gemeinschaft* popolare come unità. E sarà proprio in questa determinazione della volontà collettiva riposto il nocciolo di tutta la dottrina del Koellreutter e rivelata la parte per la quale egli maggiormente si accosta ad Otto von Gierke.

In ogni caso, come non è lo Stato l'artefice del popolo, così la Nazione non è opera dello Stato. Il quale piuttosto, mentre è meta e compito dell'uno, è anche elemento indispensabile dell'altra. Questa cioè richiede la forma statale (14), in quanto il popolo può raggiungere solo nella forma statale completamente l'autocoscienza, l'individualità e la personalità e può diventare collettività capace di volere (*Willensgemeinschaft*). Ed è in questo senso che lo Stato può meritare il nome di « recipiente di un popolo », forma necessaria al contenuto nazionale.

Il nesso, pertanto, tra il contenuto politico nazionale del popolo e la sua forma statale è il problema di centro della nuova scienza

---

bewusst, vor allem gegenueber anderen Völkern, als politische Willensgemeinschaft empfindet ». Si può dire quindi che tra il popolo e la Nazione del Koellreutter corrano press'a poco le differenze rilevate dall'Huber tra naturhaftes e politisches Volk.

(14) O. Koellreutter, *Grundriss* cit., pg. 41.

dello Stato che il Koellreutter risolve precisamente sulle tracce del Gierke.

44. Il primo elemento logico che prepara il passaggio in esame è dato dall'idea e dalla funzione di potenza. Intesa per tale una qualsiasi capacità di « influenza sulla libertà altrui » (15), sembra al Koellreutter decisivo il fatto che ogni collettività, avendo bisogno, in base ad un altro fondamentale principio del movimento hitleriano, di una guida (*Führung*), deve avere in sè anche un principio di potenza (*Macht*). Come potrebbe, infatti, la *Führung* realizzarsi e allontanare dalla collettività le forze disgregatrici di qualsiasi genere (interne ed esterne), senza l'esercizio di un potere? E' ovvio — si risponde — che ovunque una collettività esiste la quale — come la collettività popolare (questa anzi per eccellenza) — si mostri, nella sua essenza organica ed unitaria, animata, per tornare al pensiero dei filosofi, da un unico ed inconfondibile *Gemengeist,* sorga e si formi automaticamente una guida e, quindi, si realizzi l'esercizio di un certo potere. Potere che nel suo contenuto è di natura essenzialmente politica, in quanto risponde in modo perfetto alla natura di quel *Politischen* che il Koellreutter con le stesse parole di Hitler ha definito.

Ma, se il potere che in ogni collettività deve essere dalla propria *Führung* esercitato è un potere politico, quale ne sarà la forma? Come cioè sarà esercitato? In un modo qualsiasi o preordinato e disciplinato secondo determinate *regole?* Anche qui la risposta è categorica: l'esistenza o meno di regole che disciplinano l'esercizio del potere politico è il solo mezzo che deve far distinguere tra puro e semplice arbitrio (*Willkür*) e... qualcosa di diverso. Il potere che è esercitato per mezzo di un sistema prestabilito di regole, cioè di un « ordinamento », è in ultima analisi di natura tecnica. Per vero, chi ne è investito viene ad esercitarlo per mezzo di un determinato « apparato » (16), dal quale finisce la sua stessa volontà per essere in certo modo limitata. Or-

(15) *Ivi*, pg. 54.
(16) *Ivi*, pg. 56.

bene, tale ordinamento o apparato che dir si voglia è il diritto. Ma questo non proviene dal detentore del potere politico (*Machtsträger*), ma deriva dalla collettività popolare direttamente. Non è il *Machtsträger* che crea il diritto, ma è il diritto che permette a lui di far valere il proprio potere politico.

Come la fusione più precisamente tra popolo, diritto, potere politico e *Machtsträger* si traduca in atto e come conduca al concetto, nuovamente elaborato, di Stato di diritto (*Rechtsstaat*) vedremo tra breve. Qui, per concludere sull'argomento del popolo, osserviamo che a sua volta il diritto, fenomeno etico strettamente connesso anche per il Koellreutter col *Volks-* o *Rechtsgeist* (17), coglie il popolo in un atteggiamento tutto particolare: l'atteggiamento giuridico. Non cioè ogni manifestazione del popolo e del suo Spirito è manifestazione giuridica (18), ma solo lo è in una parte nettamente distinguibile per la sua forma tipica; nell'esercizio di essa viene la collettività popolare chiaramente a qualificarsi, si presenta, in altre parole, come *Rechtsgemeinschaft.* Termine questo che vuole designare il popolo nel suo atteggiamento giuridico, come organismo disciplinato dall'ordine che ha creato. Atteggiamento giuridico che si risolve in un convincimento (*Ueberzeugung*) dei singoli compagni di stirpe, i quali, pertanto, diventano «compagni nel diritto» (*Rechtgenossen*).

Nella costruzione del concetto di Stato è proprio il popolo come *Rechtsgemeinschaft* che sarà preso per base, in quanto per il Koellreutter è proprio la sua forma giuridica quella che gli permette di essere anche Stato e che permette allo Stato di esistere e di svolgere il suo potere politico. Solo che, come meglio si vedrà, forma giuridica e contenuto politico sono dal Koellreutter concepiti in strettissima connessione, onde l'ordine che ne deriva risulta, nella sua completezza e complessità, fenomeno politico e giuridico insieme che non

---

(17) *Ivi*, pg. 61: «Aus dem Volksgeist entwickelt sich der Volkswille, durch den sich politisch ein Volk im Staate zur Nation formt».

(18) L'A. cioè presuppone un concetto assoluto di diritto — che precisa vagamente come Rechtsgefühl — senza il quale non potrebbe lo stesso concetto di Rechtsgemeinschaft essere identificato.

potrebbe essere inteso se si facesse astrazione dall'un carattere o dall'altro aspetto (19).

45. La forma più incondizionata e più comprensiva di «guida politica» di una collettività è oggi lo Stato. Questo si presenta innanzitutto, per i principi già esposti, quale «portatore di potere politico» (*Machtsträger*). Ma' il potere politico ha (e deve avere perchè si possa parlare di Stato) una assoluta indipendenza da ogni altro che ad esso possa apparire superiore. Il potere statale deve essere — per usare una frase corrente — sovrano. La sovranità dello Stato, quindi, significa in senso giuridico «capacità di decisive autodeterminazioni giuridiche così all'interno che all'esterno». Da questo punto di vista essenziale è, dunque, lo Stato la «*suprema potestas*» (20).

Fondamento del potere statale è la sua natura popolare (*völkisches Sein*), il suo legame spirituale (*seelische Verbindung*) col popolo (21). Come detentore del potere politico in seno ad una determinata collettività, lo Stato è un fenomeno essenzialmente politico; il Koellreutter lo definisce, infatti, alla maniera dell'Huber, «forma di vita politica di un popolo» (*politische Lebensform eines Volkes*). Ma, in quanto l'esercizio del potere politico avviene entro i termini e secondo le forme di un ordine giuridico, può meglio ancora lo Stato essere detto «potere vitale organizzato di un popolo» (*organisierte Lebensmacht eines Volkes*) (22). Fenomeno per eccellenza politico, dunque, non potrebbe essere concepito senza il diritto. Uno Stato senza diritto degenererebbe in dittatura e non corrisponderebbe più ai concetti di *Kulturstaat* e di *völkischer Staat* (23). Il diritto si presenta però come «forma e aspetto» dello Stato, per cui l'ordine finale positivo di

---

(19) O. KOELLREUTTER, *Grundriss* cit., pgg. 73-74: «Macht und Recht sind deshalb wesengemäss verschieden, aber doch miteinander verknüpft». E perciò, dato che tale allacciamento si ha solo in seno allo Stato, prosegue l'A.: «Die Macht bildet die notwendige Grundlage der Beziehungen von Staat und Recht».

(20) *Ivi*, pgg. 58-61.

(21) *Ibidem*.

(22) *Ivi*, pg. 73.

(23) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verf.* cit., pgg. 11-12.

questo, se può essere chiarito col solo mezzo della realtà politica, non può esserlo invece attraverso le pure forme giuridiche. Lo Stato, in altri termini, non può mai venire ridotto ad un puro contenuto di norme giuridiche. Cosicchè può dirsi che « il modo di intendere politico e quello giuridico dipendono strettamente l'uno dall'altro » (24).

46. La fusione tra Stato e diritto — che è quanto dire tra potere politico e forma giuridica — è espressa, secondo il Koellreutter, nella forma « Stato di diritto » (*Rechtsstaat*), la quale, perciò, deve essere intesa nella nuova maniera nazionalsocialista. Vediamo come.

Si è visto che « Stato e diritto sono forze di vita popolari » (25), in quanto procedono dal popolo e gli sono necessarie per la realizzazione della sua forma cosciente, politica, nazionale. Con la fusione tra diritto e Stato, il popolo si presenta non soltanto come « grandezza politica », ma anche come collettività giuridica (*Rechtsgemeinschaft*). Questa si contraddistinguerà, dunque, per il fatto che ogni suo membro avrà, come tale, oltre ai vari sentimenti propri di ogni *Volksgenosse,* anche, e in prima linea, il sentimento giuridico: si sentirà cioè *Rechtsgenosse,* vale a dire « persona », e questa sua personalità giuridica costituirà un bene di diritto intangibile (*unantastbares Rechtsgut*) (26).

L'assurgere del popolo ad entità giuridica e degli individui membri della collettività a persone è il punto centrale della dottrina che stiamo studiando, così come lo era nel Gierke. Alla pari di questi il Koellreutter ha della collettività un concetto concreto, di organismo vivente, capace di emanare una propria volontà cosciente, quella volontà, anzi, che fa di essa una Nazione (27). Tutto ciò non avviene puramente e semplicemente; bensì occorrono determinate « forze » che siano atte a trasformare il *Gemeingeist* in *Gemeinwille* e a disciplinare il potere politico necessario per la vita organica di quella. Esse

(24) O. KOELLREUTTER, *Grundriss* cit., pg. 71.
(25) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verf.* cit., pg. 11.
(26) *Ivi,* pg. 12.
(27) O. KOELLREUTTER, *Der nationale Rechtsstaat,* nella « Deut. Jur. Zeit. », 1933, pg. 517.

sono, precisamente, il diritto e lo Stato. La collettività cioè, in quanto veste la forma statale, diventa una collettività giuridicamente pensabile o viceversa; i suoi membri persone. Sarà questo, come vedremo, l'obbiettivo contro il quale la nuova dommatica punterà decisamente volendo superare l'idea tradizionale di diritto come «rapporto tra persone».

Individuata la collettività nel suo fondamentale atteggiamento giuridico, che peraltro non è semplicemente formale ma strettamente connesso al contenuto politico, si giunge alla nozione finale di *Rechtsstaat* che il Koellreutter dice potersi e doversi applicare allo Stato nazionalsocialista. Senonchè il *Rechtsstaat* non sarà più lo Stato di diritto borghese, liberale, con a base la divisione dei poteri supremi e sfornito di autorità, ma uno Stato cosciente, con *Führung* ed autorità capaci di esplicare un concreto e reale potere politico. In ogni caso Stato di diritto, per il fatto che «il valore giuridico primario consiste in esso nella forma del diritto e nella sicurezza dell'ordine di vita nazionale» (28); Stato di diritto, quindi, che è esercizio di potere politico garantito dall'ordinamento giuridico. Concetto anche questo di garanzia giuridica che nella corrente opposta non ricorre in quanto, con la soppressione di qualsiasi criterio di valutazione giuridica formale, una garanzia potrà essere trovata soltanto nella sfera etica e morale o, secondo il Forsthoff, metafisica.

Lo Stato di diritto nazionalsocialista è inoltre per il Koellreutter uno Stato autoritario fornito di un ordinamento giuridico positivo (*Ordnungsstaat*), in cui pertanto è evidente che sopravviva e permanga l'importanza delle distinzioni delle fonti del diritto, della loro diversa efficacia, ecc.

47. In seno ad esso, perciò, egli pone la necessità di distinguere fra diritto pubblico e privato. Tale classificazione — afferma — deve

(28) O. Koellreutter, *Deutsches Verf.* cit., pg. 15: «La volontà del Führer si manifesta nello Stato di diritto nazionalsocialista in diverse forme. Queste forme, come la legge e il regolamento, hanno un loro valore particolare. Perciò nello Stato di diritto nazionalsocialista non ogni manifestazione di volontà del Führer ha l'efficacia della legge. Per avere tale efficacia, deve la volontà del Führer rivestire anche la forma della legge».

conservare il suo valore: solo avrà un significato politico diverso da quello che le era attribuito nello Stato di diritto liberale.

Secondo la concezione organica nazionalsocialista tutto il diritto è, nella sua essenza, riferibile alla collettività come tale e non mai ai singoli. Principi fondamentali del Nazionalsocialismo sono, infatti: «l'utile generale precede l'utile particolare» (*Gemeinnutz geht vor Eigennutz*) e «ad ognuno il suo» (*jedem das Sein*), in luogo di «ad ognuno l'eguale». Riconosce cioè il Nazionalsocialismo, insieme con la personalità, gli interessi che ad essa si ricollegano e vuole salvaguardarli secondo un criterio di giustizia che nega la pretesa eguaglianza di tutti gli individui. Le norme, quindi, che mirano a tutelare immediatamente gli interessi dei singoli, senza perdere di vista quelli della collettività intera, potrà dirsi che compongano il diritto privato. Il quale si differenzia ed è riconoscibile per la forma in cui le volontà in gioco debbono e possono manifestarsi, che è essenzialmente quella del contratto, laddove la forma propria del diritto pubblico è l'ordinanza (29).

In argomento basta notare che simile differenziazione costruita ancora una volta sulle basi del puro interesse, non solo va incontro alle ben note obbiezioni che ha sempre suscitato, ma si mostra tanto più imprecisa in quanto, proprio in regime nazionalsocialista, il distinguere tra interesse privato e interesse pubblico è (come anche nel sistema corporativo) più difficile o, per lo meno, più delicato che nel sistema liberale. E ciò dicasi a prescindere dalla insufficienza dell'altra affermazione che il Koellreutter fa, allorchè crede di poter limitare da un punto di vista formale il diritto privato ai contratti e il pubblico alle ordinanze. E' noto infatti, da un lato, che i soli contratti e le sole ordinanze non esauriscono la sfera delle manifestazioni di volontà e, dall'altro, che si possono avere anche contratti di diritto pubblico. Non

---

(29) *Ivi*, pg. 16: «So wird das Privatrecht verstanden als das Recht der völkisch gebundenen Persönlichkeit, auch im nationalsozialistischen Staate weitgehend durch die Rechtsfigur des Vertrags geregelt, während die unmittelbaren, im Interesse des Gemeinwohls getroffenen Gemeinschaftsregelungen durch das oeffentliche Recht in der Rechtsfigur der Verfügung erscheinen».

solo, ma si deve aggiungere — ci sembra — che contratto e ordinanza, oltre che atti formalmente diversi, sono vere e proprie entità giuridiche distinte da un punto di vista funzionale e subiscono quindi — se mai — la ripartizione del diritto in privato e pubblico che per loro mezzo si pretende raggiungere. Altrimenti anche il testamento, come disposizione scaturiente da una volontà unilaterale, potrebbe essere definito un'ordinanza!

48. La considerazione giuridica della collettività popolare, cioè il principio di *Rechtsgemeinschaft,* conduce il Koellreutter e i rappresentanti della *gierkische Renaissance* a considerare lo Stato, sulle orme del Gierke, una persona giuridica Non basta, infatti, definirlo «detentore del potere politico», forma di vita politica giuridicamente organizzata di una Nazione ecc. Ciò non ne esprime la natura giuridica, ma si riferisce unilateralmente alla sua funzionalità politica e sociale. Bisogna, quindi, precisare chi (o che cosa) sia il «detentore» e quale quella forma. Il problema, del resto, è sempre esistito e investe la vera essenza dello Stato, allorchè ad essa e non a singoli individui come tali (per es. un monarca assoluto) si voglia attribuire la sovranità. Lo Stato dunque, del Koellreutter e della sua scuola è una unità (*Einheit*), vale a dire persona, perchè non si potrebbe intendere, secondo l'autore, l'unità spirituale e di volere della collettività, se questa non è intesa come persona (30).

In che cosa tale personalità più precisamente consista non risulta bene nel pensiero del Koellreutter e degli altri. Si tratta di una personalità naturale della collettività, capace di avere non soltanto uno Spirito, ma anche una volontà, oppure di una personalità creata artificialmente dal diritto? Il Koellreutter si limita ad insistere sul principio che la personalità dello Stato non deve essere considerata in maniera puramente astratta e formale, ma va completata e integrata da

---

(30) O. KOELLREUTTER, *Grundriss* cit., pg. 65: «Der autoritätsträger muss in seiner Persönlichkeit Volksgeist und Volkswille verkörpern. Deshalb will jedes Volk als Autoritätsträger eine Persönlichkeit, die seinem Wesen und seiner Art entspricht».

un contenuto politico-popolare. Personalità politico-giuridica dunque, in quanto creazione del diritto non dal nulla, bensì sulle basi della realtà politica popolare. In tal senso la concezione è assai simile a quella del Gierke, con la sola differenza che la funzione del diritto appare nel Koellreutter più efficace che nel Gierke. Non si tratta, infatti, soltanto del riconoscimento di una personalità, ma del mezzo di realizzazione giuridico-politica di essa. Il popolo, in altri termini, è un tutto organico con una propria anima e aspirante ad avere anche una volontà unitaria ed autonoma; il che ottiene nella forma dello Stato e per mezzo del diritto, onde quello dovrà, di conseguenza, essere considerato e concepito come persona.

Ma il diritto e lo Stato restano «forza di vita del popolo». Il diritto cioè, non è qualcosa di esterno e di superiore al popolo, che si limiti a riconoscere la realtà popolare creando lo Stato, ma è il popolo stesso che diventa Stato, vale a dire unità-persona, attraverso il diritto. Di quì la concretezza della persona giuridica Stato, che sarà non più una mera astrazione (creazione o riconoscimento), ma forma particolare (giuridica) del popolo come entità politica. Il popolo quindi, nel suo giuridico atteggiamento, cioè come *Rechtsgemeinschaft,* coincide con lo Stato ed è persona giuridica (31). Siamo ben lungi — pertanto afferma il Koellreutter — dal concetto di Stato come persona giuridica sorto in relazione al principio della monarchia assoluta. Mentre quì la persona statale era una pura astrazione del diritto mirante e salvaguardare e a garantire i diritti del popolo nei confronti del principe, nelle concezioni attuali lo Stato, come Stato di diritto, è la personificazione del popolo nella sua azione politica, sì che una scissione tra il contenuto politico popolare e la forma giuridica risulta impossibile.

---

(31) Tale concezione poggia dunque essenzialmente su due presupposti: *a*) sulla nozione tradizionale di diritto come sistema di rapporti, sì che il rapporto tra il tutto popolare e i singoli non potrebbe essere spiegato senza l'attribuzione al tutto di una inconfondibile personalità; *b*) sul concetto stesso di popolo come unità politica, sì che, volendo tale unità esprimere una propria volontà secondo norme di diritto, diventa persona, cioè unità giuridica, Stato.

Richiamandosi ad alcune frasi del Reinhardt che assai bene sintetizza la figurazione dello Stato come persona (32), afferma il Koellreutter che è una vera e propria « sopravalutazione della dommatica giuridica e delle sue costruzioni » il tentativo dell'Höhn di bandire dalla dottrina giuridica e statale il concetto di personalità, perchè apre dei vuoti che solo a stento possono essere colmati. Come infatti, egli obbietta fra l'altro, va considerato il comportamento dello Stato nelle relazioni internazionali? Nell'Höhn, però, non mancano argomenti in contrario.

49. Più in forza della riconosciuta necessità di applicare il concetto di persona giuridica allo Stato, che con una costruzione logica del concetto stesso, argomentano in genere gli altri autori. Così il Merk, il quale si arresta alla affermazione che lo Stato è « la forma esterna di vita del popolo » e che, quindi, il popolo ne costituisce il sostrato fondamentale. L'argomentazione è semplice: siccome il popolo, dal punto di vista giuridico, si mostra come unità avente capacità di agire e giuridica, sarà lo Stato, che tale unità rappresenta, da considerarsi persona. Ma la sua personalità giuridica — dice il Merk — significa soltanto che la collettività dei *Volksgenossen* è riunita in una volontà ed in una azione unitarie, presentandosi come individualità capace di avere diritti e doveri (33).

---

(32) Cfr. F. REINHARDT, *Die neuen Steuergesetze. Grundsätze nationalsozialistischer Steuerpolitik,* Berlin 1934, pg. 1 (riportato dal KOELLREUTTER, *Deutsches Verf.* cit., pg. 24) il quale dice tra l'altro: « Soll ein Volk nicht nur von Natur aus, sondern auch rechtlich als solches gelten und sollen die Beziehungen der Volksgenossen zueinander geregelt sein, so muss das Volk in eine bestimmte Rechtsform gekleidet werden, es muss zu einer selbständiger Rechtsperson gestaltet werden. Eine solche Rechtsperson, in die das Volk als Ganzes gekleidet wird, ist das, was wir Staat nennen. Der Staat ist... das Volk in einer Person ». Concezione quindi organica del popolo e dello Stato, poichè appunto tale persona giuridica statale si presenta come la forma giuridica di un organismo politico reale. Aggiunge infatti il KOELLREUTTER, *op. cit.*, pgg. 24-25: « Das Reich als die politische Lebensform des deutschen Volks bedarf somit in Rechtsverkehr der Rechtsform der juristischen Person ».

(33) W. MERK, *Der Staatsgedanke im dritten Reich,* Stuttgart 1935, pgg. 12 sgg.

Nel confutare la opposta teoria dell'Höhn, il Merk bada soprattutto alle conseguenze. Si pensi — egli scrive — ad istituti e a concetti quali la cittadinanza, il dovere di pagamento dei tributi da parte dei singoli, ecc. e si resterà convinti che, senza la personalità giuridica statale, si sarebbe costretti a ritenere soggetto dei rapporti relativi lo stesso *Führer,* ricadendo nella concezione che dello Stato si aveva al tempo delle monarchie assolute (34). Così, se si riflette alle misure di sicurezza della polizia, si vedrà che i concetti di *Führung* e di *Gefolgschaft,* che l'Höhn vuole sostituire a quello di organo, risultano insufficienti. Altre conseguenze del genere il Merk — come il Koellreutter — segnala nella sfera del diritto internazionale e in quella dei rapporti fiscali, per avvalorare vieppiù la propria tesi.

In questo modo, pertanto, la corrente quì esaminata, accettando il concetto finale di Stato come persona giuridica — sia pure corredato, come gli autori dicono in proposito, di un contenuto nazionalsocialista — rende possibile l'applicazione dei principi fondamentali di diritto pubblico elaborati negli ultimi anni in Germania, soprattutto per opera dello Jellinek e, tra essi, specialmente di quello di organo. Anche in quella che è la struttura dello Stato non mancheranno innovazioni qualche volta profonde: così dicasi, ad esempio, nei riguardi dei principi della separazione dei poteri e di rappresentanza politica. Innovazioni, del resto, che sono state imposte dallo stesso mutare del diritto positivo e sulle quali, pertanto, non ci corre l'obbligo di soffermarci.

50. Nella concezione del Koellreutter lo Stato, dunque, si presenta come grandezza politico-giuridica; meglio come «forma» politico-giuridica del popolo. E' necessario, quindi, per poterne discernere la struttura interna, indagare che cosa sia tale «forma», stabilendo in che cosa più particolarmente consiste l'assunzione della forma statale da parte del popolo, nota fin quì come rivestimento di personalità giuridica.

---

(34) *Ivi,* pgg. 23 sgg.

Allo scopo occorre analizzare — secondo il pensiero del Koellreutter — il concetto di costituzione. L'assunzione, infatti, della forma statale da parte di un popolo è la costituzione di quel popolo.

Il Koellreutter in verità non riesce a dare di essa un concetto assoluto, indipendente e precedente quello di Stato, come fa l'Huber. Si limita a dire che «per costituzione si intende la configurazione di una Nazione come natura politica per mezzo di un sistema politico e giuridico statale» (35). E più recentemente (36): «costituzione nel senso giuridico significa la presenza di un'essenza statale unitaria in una forma precisa, la forma appunto dello Stato». E ancora: «una costituzione nel senso politico e giuridico statale deve sempre essere dominata dall'idea di Stato e di diritto viventi in un popolo».

Da quì la domanda: quale differenza segnano tali espressioni fra Stato e costituzione? A noi sembra nessuna. Se lo Stato, infatti, è la forma politico-giuridica di un popolo e se la costituzione è l'assetto politico-giuridico-statale di una Nazione o (il che equivale perfettamente) la presenza del modo di essere unitario, nella forma dello Stato, senza dubbio Stato e costituzione sono entrambi una «forma» e precisamente la forma politico-giuridico-statale del popolo e, perciò, si confondono. Anche nel Koellreutter, dunque, si ha — implicita e oscura — quella identificazione dei due concetti che invece, come si è visto, emerge esplicita e chiara nell'Huber e nello Schmitt. Una separazione tuttavia egli raggiunge (e la si trova anche nello Schmitt) allorchè di costituzione vuol dare il concetto specifico: quello giuridico. Essa si presenterà allora come «un sistema unitario e chiuso di norme superiori e finali». Se cioè l'assunzione della forma statale viene concepita essenzialmente come fenomeno giuridico, sarà la costituzione non più confondibile con lo Stato, ma diventerà elemento di questo accanto al popolo, al territorio e al Governo. Il tutto — ripetiamo — è però dal Koellreutter espresso solo in maniera implicita e indiretta.

---

(35) O. Koellreutter, *Grundriss* cit., pg. 83.

(36) O. Koellreutter, *Deutsches Verf.* cit., pg. 17.

51. Il primo elemento costitutivo dello Stato secondo la concezione nazionalsocialista (elemento principale, anzi, abbiamo detto) è il popolo come collettività naturale (*Blut und Boden*) e culturale a un tempo, ideatasi per mezzo di una vita politica comune (*Schicksalsgemeinschaft*), cioè come Nazione.

Da tale concezione un secondo elemento si stacca che, da un punto di vista materiale si deve dire concorra col popolo a formare lo Stato: il territorio. Se questo, infatti, è uno degli elementi costitutivi dello stesso popolo, in quanto gli consente attraverso la convivenza di diventare una *Schicksalsegemeinschaft,* e se, quindi, può essere solo indirettamente considerato elemento costitutivo dello Stato (come la razza, la coltura, il *Volksgeist,* ecc.), si presenta per altro, di fronte alla struttura concreta statale come fattore materiale fondamentale, senza cui, anche se un popolo unitario esistesse, lo Stato si mostrerebbe imperfetto. «Lo Stato moderno — afferma pertanto il Koellreutter — è limitato territorialmente (*raumgebunden*)» (37). Non solo, ma il territorio deve risultare sufficiente a garantire la libertà del popolo, deve cioè essere proporzionato alla popolazione. Per cui l'uomo politico «deve oggi saper pensare non semplicisticamente, ma anche dal punto di vista del territorio. E, precisamente, secondo grandi estensioni territoriali» (38), in quanto le vere moderne formazioni statali, quali l'Inghilterra, l'America, il Giappone, la Russia, ecc. hanno una estensione territoriale assai vasta.

A parte queste, che possono essere circostanze attinenti ad un particolare Stato, il fatto di essere il territorio, secondo il Koellreutter, elemento fondamentale dello Stato moderno, va interpretato nella maniera comune e cioè, nel senso che non si possa considerare Stato, sopra tutto nei riguardi dei rapporti internazionali, una popolazione che, sia pure organizzata e unita, non abbia sede fissa. Questione molto dibattuta e che rimane sospesa solo perchè effetti-

---

(37) *Ivi,* pg. 89.
(38) *Ibidem.*

vamente di popolazioni nomadi aventi una certa importanza politica oggi ben poche ne esistono (39).

52. Terzo ed ultimo elemento dello Stato moderno è, per il Koellreutter, il Governo (*Führung*). Questo, però, secondo la concezione nazionalsocialista, deve essere considerato in un modo del tutto particolare. Non solo, ma la comprensione del concetto di *Führung* è possibile in un primo momento unicamente su un piano politico popolare, da cui potrà in un secondo tempo essere trasferito su quello giuridico statale ove, anzi, si trasformerà in altri concetti ed in altre nozioni fondamentali. Le quali pertanto (ad esempio quella di organo) non potrebbero essere comprese se prima non si conosce il significato di *Führung*.

Führung è concetto schiettamente politico. Significa « guida » e indica quell'elemento autoritario che ogni collettività deve avere per formare un organismo vitale. Ciò già è stato detto. Un popolo, come *Gemeinschaft*, ha bisogno dell'esercizio di un potere politico che allontani le forze ostili disgregatrici e che lo diriga verso i suoi destini. Conseguentemente, esso è concepito come una unità sociale compatta, come un esercito, come un gruppo di combattenti che deve essere guidato da un capo nella lotta continua della vita. Una collettività popolare senza un capo non sarebbe neppure pensabile per la *Weltanschauung* nazionalsocialista, giacchè l'elemento « guida politica » è parte integrante dello stesso concetto di popolo; il quale, pertanto, finisce per scindersi nei due elementi di *Führung* (guida) e *Gefolgschaft* (seguito). Ogni popolo cioè, per essere tale, deve risultare composto di una *Führung* e di una *Gefolgschaft* (40).

Questo è stato in parte già notato. Abbiamo creduto di insistervi

(39) Noi per altro crediamo che, per una nozione giuridica fondamentale di Stato, non sia il territorio un elemento indispensabile essenziale, come il popolo e l'organizzazione governativa. Esso, caratteristica degli Stati moderni, sarà certo, viceversa, un elemento di capitale importanza nell'indagine positiva sulla esistenza o meno di un determinato Stato.

(40) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verfass.* cit., pg. 130: « Führung und Gefolgschaft bilden die Gemeinschaft, auf der der völkische Führerstaat aufbaut ».

poichè la concezione della struttura politica interna del popolo è quella che deve essere presa ancora una volta per base, se si vuole aver chiaro il panorama della struttura giuridica dello Stato.

Ordunque, solo un popolo nel suo vero significato nazionalsocialista, cioè in quanto grandezza sociale cosciente di sè stessa (Nazione), può presentarsi costituito intimamente dalle due entità suddette. E ciò perchè tra queste ricorre un rapporto del tutto particolare e inconfondibile, per esempio, con quello tra governanti e governati dell'epoca individualista. Non un rapporto astratto, puramente formale, di soggezione stringe *Führer* e *Gefolgschaft,* nè un rapporto materiale di assoggettamento coatto, ma un rapporto naturale e spirituale, in quanto entrambi sono elementi di un'unica realtà organica.

Trasportato nel campo giuridico statale, esso spiega la struttura dello Stato. Questo, infatti, si è detto, è il *Träger* del potere politico, in quanto è la personificazione del popolo. E', dunque, in sè stesso qualcosa di puramente concettuale e di invisibile, incapace per sè solo di estrinsecare una volontà, che dovrà essere sempre propria di uomini e avrà bisogno di un apparato umano (*männlicher Apparat*), al cui vertice sarà chi è capo naturale del popolo. Ciò affinchè lo Stato possa essere uno Stato popolare. In altri termini, se lo Stato è la forma politico-giuridica necessaria al popolo per vivere come Nazione, è ovvio che in esso si riproducano gli stessi elementi del popolo. La formazione cioè della volontà unitaria di questo (come volontà statale) dovrà avvenire senza ledere la struttura naturale popolare, anzi secondo tale struttura. Ecco, quindi, che al rapporto naturale guida politica-seguito che in ogni popolo si deve ritrovare, dovrà corrispondere, allorchè questo abbia la forma statale, il rapporto governo-sudditi (*Regierung-Untertanen*); e al rapporto interno *Führung-Gemeinschaft* il rapporto *Regierung-Staat.* Il quale risulterà la proiezione nel campo della organizzazione giuridica dello Stato dell'altro politico naturale *Führung-Gemeinschaft.*

Nell'assetto finale, quindi, che il popolo assume con la forma statale, *Führung* e *Regierung* saranno una cosa sola vista da profili

diversi. Infatti, il capo della *Führung* (*Führer*) e il capo della *Regierung* (*Reichskanzeler*) nello Stato nazionalsocialista sono una sola persona. La quale, perciò, come Führer, manifesta la propria volontà di capo politico della collettività, mentre, quale capo del Governo, esprime una volontà che è da attribuire giuridicamente allo Stato. Il fatto, quindi, che questo sia una persona per sè stessa incapace di emanare una volontà è superato, poichè sua sarà la volontà emanata dal Capo del Governo, che in tal modo diventa «organo» dello Stato.

Nell'ordinamento positivo, infatti, allo stesso modo che popolo e Stato coincidono, coincidono *Führer* e Capo del Governo, onde i rapporti *Führer-Gemeinschaft* e *Reichskanzler-Reich* non sono in fondo che uno unico, per essere il secondo semplicemente guardato, anzichè nella sua essenza politica naturale, nella sua forma giuridica. In tal senso può il Koellreutter affermare che il *Führer,* come *Reichskanzler,* non solo possiede lo Spirito del popolo (*Volksgeist*), ma anche la volontà del popolo (*Volkswille*) divenuto Stato (41). Così si spiega come ogni autorità derivi dal popolo; frase questa che ha nel quadro un significato ben diverso da quello rousseauniano. La sovranità è del popolo come «tutto», come Stato quindi, ma essa si manifesta e si realizza in virtù della stessa struttura naturale del popolo, attraverso la volontà del *Führer* divenuto organo dello Stato.

Nel *Führer,* però, devono concorrere alcuni requisiti. Egli deve, anzi tutto, corrispondere al tipo politico naturale di guida di una determinata collettività (42). Deve inoltre agire secondo le leggi di vita naturale del popolo. E' in tal modo che all'autorità della *Führung,* come detentrice naturale del potere politico, si aggiunge una specie di responsabilità naturale che lega ancora più *Führer* e *Gefolg-*

(41) *Ivi,* pg. 131: «...Der echte Führer verkörpert in seiner Persönlichkeit Volksgeist und Volkswille».

(42) *Ibidem*: «Deshalb erkennt auch jedes gesunde Volk als Autoritätsträger nur Persönlichkeit an, die seinem Wesen und seiner Art entsprechen... Sie mussten in ihrer körperlichen und geistigen Haltung einen dem Volke vertrauten politischen Typus verkörpern».

schaft (43). Deve, infine, essere un singolo, poichè ad una unitaria *Gefolgschaft* non può corrispondere che una *Führung* unitaria (44).

53. Per tale via il concetto della personalità dello Stato viene integrato, nè poteva essere altrimenti, con quello di organo, riprendendosi anche in questo campo la dottrina fondamentale del Gierke. Nè la concezione del Koellreutter si distacca molto da questi a causa delle nuove influenze.

Anche per il Gierke lo Stato, come persona giuridica, aveva per sostrato un organismo reale che emanava la propria volontà per mezzo dei propri organi, i quali erano anche organi della collettività popolare. Solo che, mentre tutto ciò era dal Gierke inteso nell'orbita del puro parlamentarismo (e si prestava anzi assai bene — come rileva giustamente l'Höhn — a sistemare scientificamente tale sistema), è la nuova concezione organica intesa in maniera diversa unicamente da un punto di vista meccanico, interno. Mentre cioè, l'organismo popolare naturale del Gierke è un organismo liberale in cui, per quanto compatto, forze e tendenze varie si riscontrano, quello degli autori nazionalsocialisti è un organismo omogeneo e unitario. E, mentre il primo ha una pluralità di organi che richiedono una sistemazione giuridica, spesso complicata, in seno alla organizzazione dello Stato (rappresentanza, sistema parlamentare ecc.), il secondo ne ha uno solo naturale, il suo *Führer,* il quale è l'unico organo supremo dello Stato, quello che emana da solo la volontà suprema che è a un tempo volontà suprema del popolo e dello Stato.

---

(43) *Ivi,* pgg. 130-131: « Die Autorität erwächts aus der verantwortlichen Gebundenheit der einzelnen Persönlichkeit an die völkische Lebensgesetze. Deshalb kann man auch Autorität weder schaffen noch kommandieren. Sie wurzelt allein im völkischen Sein und ist mit der Persönlichkeit ihrer Träger verknüpft ». Se non v'è aderenza tra Volksgeist e Staatswille — aderenza che viceversa non manca col sistema della Führung-Regierung — non si potrà parlare di völkischer Staat. Cfr. F. A. Muellereisert, *Das Rechtsverhältnis zwischen Führer und Gefolgschaft,* dal « Reichsverwaltungsblatt », Berlin, 1936, pgg. 309 e sgg.

(44) O. Koellreutter, *Deutsches Verfass.* cit., pg. 133: « Der einheitlichen Gefolgschaft kann aber auch nur eine einheitliche Führung entsprechen ».

Simile concetto di organo è il fondamentale; su di esso la struttura dello Stato è da questo gruppo di scrittori nazionalsocialisti costruita. Del *Führer,* infatti, in detta sua qualifica, parlano, oltre il Koellreutter, altri studiosi, tra cui il Merk.

Non indugiamo nella esposizione della struttura politica dello Stato nazionalsocialista secondo questi autori perchè esorbiterebbe dai fini del presente lavoro, rivolto esclusivamente alla rassegna della dottrina. Tuttavia per ciò che riguarda il pensiero del Koellreutter, che tra i giuristi di certo è uno dei più completi, non possiamo arrestare l'analisi delle varie concezioni che, se con la struttura concreta dello Stato tedesco si mostrano allacciate, sono ancor esse dottrinarie e tendenti alla elaborazione della formula generale e dommatica e perciò interessanti.

Esaminato il concetto di Stato e giunti alla determinazione di quello fondamentale di *Führung-Regierung,* come organo della persona giuridica statale, occorre vedere gli sviluppi che ne discendono.

Data la concezione unitaria della *Führung-Regierung* che trova la sua rispondenza nell'ordinamento politico, in quanto tutte le funzioni politiche convergono nella persona del *Führer* e *Reichskanzler,* la struttura interna dello Stato assume una forma che potremmo immaginare piramidale, accentrata, autoritaria (45). Dalla *Führung* si dipartono, infatti, tre grandi tronchi attraverso i quali la vita dello Stato popolare si realizza. Essi (*die drei Mittel der politischen Führung*) sono, secondo il Koellreutter, il Partito, l'organizzazione burocratica e l'esercito. La loro posizione e i loro compiti sono diversi, ma tutti e tre affondano le radici nell'essenza popolare e possono agire solo se partecipano dello Spirito dello Stato popolare. Non contrastano, adunque, tra loro, ma si perfezionano a vicenda, in quanto coincidono al vertice nella persona del *Führer* (46).

---

(45) *Ivi,* pg. 148, ove l'A. afferma che tale tipo di guida politica, unitaria ed accentrata, è frutto di una concezione essenzialmente militare, e può infatti il Führer definirsi «soldato politico».

(46) *Ivi,* pg. 149.

Da siffatta ideazione della struttura dello Stato popolare (*völkischer Führestaat*) due nozioni derivano che è utile conoscere: quella del Partito e quella della divisione dei poteri.

54. La concezione del Partito è nel Koellreutter tutt'altra che nello Schmitt. Inteso da un punto di vista politico naturale esso è, anche per il Koellreutter, un «movimento» (*Bewegung*) cioè «forza politica attiva in una collettività chiusa» (47), «portatore del patrimonio ideale del Nazionalsocialismo» (48), e, nello stesso tempo, «*élite* politica», il cui compito è quello di selezionare tra i suoi membri la *Führung*. Il *Führer* è, pertanto, guida del popolo e del Partito; lo è del primo, anzi, in quanto lo è del secondo; sì che la fusione tra *Führer* e *Gefolgschaft* non avviene direttamente, ma per mezzo dell'organismo politico popolare attivo costituito dal Partito come movimento (49).

Ma, una volta che il popolo riveste la forma statale e che la *Führung* diventa anche *Regierung*, non può il movimento, che è parte integrante della *Volksgemeinschaft*, essendo questa interamente compresa nello Stato, sfuggire allo Stato. Dopo la vittoria della Rivoluzione, infatti, la posizione del Partito non è più antistatale o soprastatale, ma è statale. Lo Stato non è una grandezza politica contro cui il movimento si dirige e neppure una grandezza che il movimento domina o cerca di dominare, ma una grandezza nella quale il movimento si inquadra (50). E l'espressione di Hitler, quindi, che non lo Stato comanda al Partito, ma il Partito allo Stato, va intesa per il Koellreutter nel senso che il Partito è responsabile della stessa azione dello Stato, in quanto è lui che stabilisce in sostanza la fusione tra popolo e Stato.

---

(47) *Ivi*, pg. 150.

(48) *Ivi*, pg. 151.

(49) *Ivi*, pgg. 132-133.

(50) *Ivi*, pg. 153. Cfr. in tal senso anche il MERK, *Der Staatsgedanke im dritten Reich* cit., pgg. 29 sgg.: «Lo Stato è una organizzazione suprema, onnicomprensiva, ordinamento della totalità e della unità politica del popolo germanico». Cfr. retro, nota 62.

«Lo Stato è, secondo la concezione nazionalsocialista, la forma di vita politica del popolo. In essa deve anche il Partito essere inserito (51). «Il rapporto Partito-Stato... non sta perciò sotto i segni della contrapposizione, ma sotto quelli della unione organica del Partito con lo Stato» (52). Il Partito, in altri termini, è nell'opinione del Koellreutter organo dello Stato o, meglio, uno dei tre organismi fondamentali e precisamente quello in cui si realizza la volontà politica dello Stato. Come tale ha competenza, compiti, funzioni tutte sue che, insieme con quelle dell'esercito e dell'organismo burocratico, costituiscono il complesso delle funzioni statali all'apice delle quali, come organo supremo dello Stato, estrinsecatore della volontà stessa del popolo, sta il *Führer*.

55. La distinzione fatta dal Koellreutter tra le tre membra statali — Partito, Esercito e organismo burocratico — ha rimosso così, dalla sua tradizionale posizione di ripartizione fondamentale il principio della divisione dei poteri tramandato dalla stessa scuola del Gierke (53). Principio che è stato sostituito da quello della unità della guida politica e dei poteri dello Stato. Già, a proposito dello Stato di diritto, si è avuta occasione di notare come il Koellreutter accolga di questo un concetto completamente indipendente dal fatto della distinzione dei poteri. I quali non possono essere divisi, perchè l'autorità promana tutta dal popolo ed è assunta tutta dal suo Capo che è organo supremo dello Stato; non solo, ma anche perchè nella loro essenza hanno tutti la medesima natura: quella politica (54).

Riuniti, dunque, nel *Führer* appaiono non soltanto i poteri nella loro formulazione classica generale, ma, si può aggiungere interpretando il Koellreutter, le stesse competenze per l'esercizio di essi. Co-

---

(51) O. KOELLREUTTER, *Deutsches Verfass.* cit., pg. 154.

(52) *Ibidem.*

(53) O. KOELLREUTTER, *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, in «Recht u. Staat in Geschichte u. Gegenwart», Tübingen 1933.

(54) Cfr. O. KOELLREUTTER, *Grundriss* cit., pg. 93: «Legiferare è innanzi tutto funzione politica».

sicchè il *Führer* risulta non solo il supremo portatore personale delle tre specie di poteri, ma il supremo organo statale competente all'esercizio delle supreme funzioni che ne promanano. Se una distinzione, dunque, tra poteri legislativo, esecutivo e giurisdizionale si può e si deve fare, ciò — afferma il Koellreutter — va inteso in un significato del tutto diverso da quello che aveva nello Stato liberale e, cioè, non come una capacità naturale di determinati organi, ma come una necessità obbiettiva, tecnica, relativa alla organizzazione dello Stato (55). Onde questa, nello schema finale della struttura dello Stato, mentre è il complesso dei vari organi statali (56) — raggruppabili secondo il criterio classico (modificato) della distinzione dei poteri — costituisce uno dei tre tronchi fondamentali (57), alla vetta dei quali è l'*einheitliche Führung,* vale a dire il *Führer* e *Reichskanzler,* Capo della *Regierung.* Cosicchè lo stesso Governo, cioè il complesso dei ministri alle dipendenze del *Führer,* si presenta, secondo tale concezione, non già organo costituzionale, ma amministrativo.

I legami, tuttavia, fra i vari tronchi, in relazione sopratutto al Governo, sono diversi e importanti. Si può perciò concludere che la struttura statale non trova la sua compiutezza nel solo punto centrale d'irradiamento, ma anche in linee inferiori orizzontali. Ma quì si è ai margini dell'ordinamento positivo.

---

(55) *Ivi,* pg. 89: *Deutsches Verf.* cit., pgg. 71 sgg.

(56) Organo dello Stato in senso politico è, secondo il KOELLREUTTER, una persona o una pluralità di persone che detengono l'autorità statale e che si fanno valere in tal senso di fronte ai governati (*Grundriss* cit., pg. 261). Ed è interessante che, da un punto di vista giuridico, nonostante egli dica politicamente, l'A. cada nel dover attribuire allo Stato gli atti illegali dei suoi organi.

(57) Il complesso, cioè, degli organi dello Stato forma, per l'A., l'organizzazione statale burocratica. Cfr. *Grundriss* cit., pg. 261: « Zusammenfassung von Staatsorganen zu einer Organization, die im Rahmen ihres Wirkungskreises staatliche Aufgabe oder solche einer Körperschaft des oeffentlichen Rechts erledigen ».

CAPITOLO IV.

LA NUOVA DOMMATICA

SOMMARIO: 56. Il programma scientifico. — 57. I due concetti di Stato (*im engeren* e *im weiteren Sinne*) nello Jerusalem. — 58. Aspetti positivo e negativo della dottrina dell'Höhn. — 59. Evoluzione del concetto di Stato. — 60. Critica al Gierke. — 61. *Volksgemeinschaft* in luogo di *Rechtsgemeinschaft*. — 62. *Volksgenosse* invece di persona. — 63. Critica al concetto di Stato come persona giuridica. — 64. Il popolo invece dello Stato. — 65. Lo Stato come « apparato ».

56. La terza corrente delineantesi in seno alla dottrina nazionalsocialista dello Stato è, come si è detto, diretta a capovolgere il dommatismo prerivoluzionario per istituirne uno nuovo. Essa non si accontenta di spiegare lo Stato nazionalsocialista con le vecchie formule, mantenendo inalterato il contenuto essenziale del sistema scientifico o dei sistemi scientifici già costituiti, nè di inserire nuovi principi o di modificare alcune definizioni, ma vuole senz'altro, mediante una elaborazione organica e complessa della nuova dottrina politica, costruire *ex novo* un intero sistema scientifico giuridico, per giungere ad una vera e propria dommatica nazionalsocialista dello Stato.

Tale tendenza, come tendenza dommatica innovatrice — se fosse lecito trasportare termini da altri ambienti — potrebbe essere denominata tendenza di sinistra; infatti è la più imbevuta di spirito rivoluzionario e la più ricca di elementi nuovi.

Rappresentante, se non unico ed originario, certo principale, ne è Reinhardt Höhn, il quale, dalle prime pubblicazioni di articoli all'ultimo acuto studio critico della teoria del Gierke, si è dedicato alla formulazione e allo sviluppo di essa. Per vero egli non si è proposto di giungere da solo allo scopo; la materia è troppo vasta per poter es-

sere plasmata da una sola mano. Dovrà, quindi, l'opera scientifica dell'attuale generazione e delle future indirizzarsi per la nuova strada e lo spirito di collaborazione che la cultura tedesca ha sempre dimostrato e dimostra di possedere non dovrà cedere nell'impresa. Forse un genio potrà sorgere e assolvere da solo l'arduo compito dando l'impronta al nuovo periodo schiuso alle formulazioni scientifiche dello Spirito, ma, se esso dovesse mancare, spetterà alla schiera compatta e laboriosa dei nuovi giuristi il farlo. E ciò, si insiste, non già per semplice fine sentimentale o per necessità politica, ma per soddisfare un bisogno sorto dalla nuova realtà e dal nuovo modo di concepire tale realtà.

Il carattere realistico, quindi, non incide sulla necessità di costruire dogmi. Esso, come si è detto, dà l'impronta spiccata a tutto il pensiero tedesco contemporaneo formulato dai filosofi e vive, consciamente o no, in tutti indistintamente i giuristi. Partire dal reale, così com'è per costruire la scienza: ma partire, a un tempo, dalle concezioni fondamentali della nuova epoca — in una parola, dal come tale reale è inteso (momento essenzialmente soggettivo) — per innalzare l'edificio giuridico: questo è il programma.

57. Ispiratore dell'Höhn è lo Jerusalem. Di lui conosciamo il concetto di *Gemeinschaft* che sul *Gemeingeist* si fonda e la distinzione di quella in «chiusa» e «aperta»: l'una, corrispondente ad un'epoca collettivista, in cui l'individuo è totalmente avvolto e assorbito dallo Spirito generale; propria l'altra di ogni epoca individualista, in cui l'individuo assurge a personalità indipendente. Collettività per il primo periodo, individuo singolo per il secondo, sono pertanto i rispettivi cardini della concezione del popolo e dello Stato. Per il quale, dunque — dichiara apertamente lo Jerusalem — non si può avere un concetto fondamentale generale, qualificabile, ma si devono accettare due concetti fondamentali relativi: quello individualista, proprio di una collettività a tipo aperto e quello collettivista, proprio di una collettività a tipo chiuso (1).

(1) F. W. JERUSALEM, *Der Staat* cit., pgg. 81 sgg. Tuttavia sembra che

Ma come si distinguono più propriamente i due Stati? Quello del periodo individualista, risponde lo Jerusalem (2), è una organizzazione che, accanto all'ordinamento privato, svolge determinate funzioni per la collettività, la quale, però, si risolve in una pluralità di individui. Esso è, perciò, niente altro che una «organizzazione» in seno alla collettività, che questa non esaurisce, cogliendola e interessandola semplicemente nel suo momento giuridico, come *Rechtsgemeinschaft* (3). Lo Stato, invece, dell'età collettivista, che anche lo Jerusalem chiama «Stato totalitario», abbraccia tutte le forme di vita della collettività e, perciò, anche le private (4). Si può dire, quindi, che coincida con la stessa *Gemeinschaft* o, per lo meno, che ne sia il «rappresentante totalitario», in quanto esercita le sue funzioni in contrapposizione alle personalità singole (5).

Nei due casi il concetto di Stato dato dallo Jerusalem non completa la concezione della realtà politico-sociale. L'idea di Stato come «organismo spirituale», che comprende tutti i compagni di stirpe, non spiega la natura concreta dello Stato, sopra tutto dal punto di vista giuridico: così la formazione e la manifestazione della volontà collettiva, l'esercizio autoritario del potere politico ecc. E la spiega tanto meno in quanto respinge ogni personalizzazione di tale organismo, il quale è e resta un organismo obbiettivo, permeato da uno Spirito obiettivo generale, che non è anche concepibile come volontà

l'A. accolga una nozione generale di Stato, abbracciante l'una e l'altra, ma tale nozione è veramente in sè stessa poco afferrabile. Egli dice infatti: lo Stato «im allgemeinster Betrachtung mit einem System sinnhafter Verhalten identisch ist, das durch den Gemeingeist einer Gemeinschaft seine Einheit erhält». Ma in che consiste tale rapporto spirituale? Esso infatti potrebbe essere giuridico, come morale, culturale e perfino imposto da uno stato di soggezione e di paura.

(2) *Ivi*, pg. 294.

(3) *Ivi*, pg. 82.

(4) *Ivi*, pg. 70.

(5) *Ivi*, pg. 82 e pg. 294. Questa espressione accolta dallo JERUSALEM di Stato totalitario come rappresentante della collettività ci sembra poco felice. Respingendo egli infatti la concezione di Stato come persona, in che maniera intendere tale funzione rappresentativa? E come è possibile poi, a scelta, intendere due entità come coincidenti o come l'una rappresentante dell'altra?

generale dello Stato. Tale volontà dovrà, per la sua natura strettamente collegata con un organismo vitale, pensante e ragionante, cioè umano, appartenere ad uomini: uomini anzi, come vedemmo, animati da un proprio Spirito individuale, che soltanto è nella *Gemeinschaft* chiusa dallo Spirito generale influenzato e determinato. La collettività popolare, dunque, pur assumendo la forma dello Stato in una maniera organica, chiusa, non può essere concepita come persona, come soggetto, portatore del potere politico e capace, sia pure per mezzo di organi, di esprimere una propria volontà. La collettività e lo Stato sono, ripetiamo, per lo Jerusalem, entità e realtà obbiettive impersonali e lo Spirito stesso che le anima, il *Gemeingeist,* è, secondo del resto il pensiero del Larenz e degli altri, Spirito obbiettivo, impersonale.

Per spiegare il realizzarsi del popolo nella storia, come Stato, richiedente il potere politico ed una volontà unitaria e centrale, soccorrono i nuovi principi politici e la sua stessa concezione come organismo politico-sociale obbiettivo. La *Volksgemeinschaft* chiusa, infatti, nazionalsocialista, non richiede i principi di personificazione e di individuazione propri delle dottrine liberali precedenti. Essa non è una pluralità di uomini, al di sopra della quale occorra astrarre o in cui, per mezzo di sistemi formali, occorra costruire una « volontà generale » (6) che si imponga alle singole volontà. Il popolo ha in sè il principio di attuazione, principio aderente alla sua natura di organismo vitale, compatto, animato totalitariamente da un *Gemeingeist*: e tale principio è quello del *Führer.* Questo sostituisce e deve sostituire l'altro della personalità giuridica e degli organi dello Stato e servirà di spunto all'Höhn per impostare e sviluppare la tesi della nuova dommatica.

Ma, seguendo ancora il pensiero dello Jerusalem, è necessario domandare: in che senso deve avvenire la sostituzione suddetta? Essa

---

(6) F. W. JERUSALEM, *Der Staat cit.*, pg. 294: « ...Der neue erwachte Wille zur Gemeinschaft wird sich so auswirken, dass das individualistische Prinzip zurückgedrängt wird ». Tale principio è appunto quello della personificazione dello Stato.

avviene in quanto la *Volksgemeinschaft* diventa *Führergemeinschaft* (7), cioè in quanto contiene il principio di *Führer,* secondo il quale in ogni organica collettività unitaria nell'essenza e nei fini deve naturalmente formarsi un movimento selezionatore di individui destinati a «guidare» la collettività stessa. Ogni sana collettività, in altri termini, come aveva detto anche il Koellreutter, si deve poter scindere in *Führung* e *Gefolgschaft;* parti tra cui non esiste quel rapporto di dominanti e dominati, ma quello tutto proprio del Nazionalsocialismo tra Capo politico e seguito, in cui, grazie appunto allo Spirito collettivo che tutti anima, una perfetta e armonica reciproca comprensione si realizza.

Se così è perchè ricorrere a inutili e forse nocive complicazioni e finzioni? In ogni *Volks-* e *Führergemeinschaft* è il potere politico, come volontà comune, tenuto ed espresso dalle persone che costituiscono la sua naturale *Führung.* La presunta volontà, quindi, di uno Stato-persona deve essere riconosciuta come volontà dei singoli individui costituenti la *Führung;* i quali non staranno pertanto in relazione astratta di organicità con una invisibile persona statale, ma in un rapporto organico concreto con la *Gemeinschaft,* di cui essi stessi sono elementi (8).

Questa è nelle sue linee fondamentali la dottrina dello Jerusalem, il quale non può non trarre dalla sua concezione una conseguenza: un secondo e più ristretto concetto di Stato (*Staat in engerem Sinne*) — che egli contrappone allo Stato in senso largo (*Staat*

---

(7) *Ibidem:* «Sie wird zur Führergemeinschaft, in der die Staatsgewalt ausschliesslich durch den Führer dieser Gemeinschaft vollzogen wird».

(8) *Ivi,* pg. 58: «An die Stelle des Anrufs des Führers an die Genossen tritt (nello Stato individualista) der Befehl des Trägers der Staatsgewalt an die Untertanen». Non ordine, dunque, imposizione, da parte di una personalità superiore agli individui, ma appello, sprone di un Capo alla sua schiera. Ed a pg. 306, a proposito ancora della posizione del Führer: «Der Führer ist Genosse einer geschlossenen Gemeinschaft... Aber der Führer unterscheidet sich von den anderen Genossen der Gemeinschaft dadurch, dass er für die Gesammtheit der Genossen Funktionen der Genossengesammtheit vollzieht». E' dunque il Führer rappresentante naturale del popolo. «Die Vorstellung, dass er als Organ der unsichtbaren Staatspersönlichkeit seine Funktionen vollziehe, wäre sinnlos».

in weiterem Sinne) — dato dalla organizzazione dei vari poteri; organizzazione che è una parte dello Stato in senso largo e, quindi, una parte integrante della vita della *Volksgemeinschaft*. Ma nemmeno tale organizzazione, che è di natura tecnica, ha bisogno della personalizzazione. Anche essa perde le caratteristiche dell'epoca individualista (9). Cioè, per lo Jerusalem, anche i singoli organi statali non sono più organi di una persona indivisibile, ma individui che emanano una propria volontà, dipendenti direttamente dal *Führer*, che in sè tutti i poteri supremi concentra, e limitati dalla distribuzione organica delle competenze (10).

Per discernere un ultimo punto del pensiero giuridico di questo autore, va notata la sua definizione della legge. Questa da un lato è atto collettivo (*Gesamtakt*) dei compagni appartenenti alle singole collettività, per mezzo del quale viene modificato il contenuto dello Spirito collettivo e, per conseguenza, il comportamento derivante da esso; dall'altro, è atto del *Führer* per mezzo del quale viene modificato e concretizzato lo Spirito collettivo e, quindi, il comportamento dei compagni, nei limiti della competenza del *Führer*, ma non atto dello Stato (11). Tale definizione della legge, quindi, come espressione della massima funzione dello Stato, ribadisce la nozione obbiettiva impersonale che di questo ha lo Jerusalem ed a cui, come tra poco vedremo, l'Höhn si è ispirato.

58. La costruzione dommatica dell'Höhn si fonda su due poli: l'uno positivo, comune nel suo significato essenziale a tutta la nuova dottrina tedesca dello Stato, vale a dire l'assunzione della *Volksge-*

---

(9) F. W. Jerusalem, *Der Staat* cit., pgg. 82 e 294: «...innerhalb des Staates in weiterm Sinne verliert die Organization der Staatsgewalt, d.h. der Staat in engerem Sinne, ihren individualistischen Charakter».

(10) *Ivi*, pg. 308: «Il Führer del popolo riunisce tutte le funzioni dello Stato nella sua persona e le esercita in proprio nome, come Führer del popolo». Ed a pg. 309: «Il principio della divisione dei poteri ha una così minima importanza come nella monarchia assoluta. Ciò è confermato dal discorso di Hitler del 13 luglio 1934 nel quale egli affermò di essere des deutschen Volkes oberster Gerichtsherr».

(11) *Ivi*, pg. 65.

meinschaft ad elemento centrale, fondamentale; negativo l'altro che dà l'impronta a tutta la costruzione impostata sulla negazione della personalità dello Stato e del concetto di persona in genere. Nonostante siano questi i due pilastri su cui poggia tutta la teoria dello Stato dell'Höhn, essa ha tuttavia un contenuto abbastanza vasto e complesso e presenta formulazioni spesso originali.

A sostegno sopra tutto del secondo punto, negativo, l'Höhn ha pubblicato recentemente una accurata esposizione critica dello sviluppo storico del concetto di Stato, prendendo come immediato obbiettivo di studio l'opera del Gierke. Ciò appunto perchè, prestandosi la dottrina realistica di Otto von Gierke ad essere adattata ai nuovi principi, ha cercato egli di dimostrare che un simile adattamento non può essere che falso e deformante, perchè — a suo parere — la dottrina del Gierke, per quanto realistica, non fa che ricalcare principi ormai del tutto superati. Da un punto di vista polemico si schiera, dunque, l'Höhn contro i rappresentanti della *Gierkische Renaissance* che egli dice inquinata da principi e da idee dell'età individualista: primo fra tutti il concetto di persona. Questa sua posizione l'autore ha fissato e chiarito in una serie di opere non voluminose che non esamineremo singolarmente, ma seguendone il pensiero unitario.

Vediamo in primo luogo rapidamente come l'Höhn presenta lo sviluppo storico dello Stato e della sua concezione.

59. Punto di partenza è il Comune italiano retto da un Podestà. In esso lo Stato non è che un semplice «apparato» di soldati, esperti, amanuensi, cavalieri, assessori, ecc. dei quali il Podestà si avvale per esercitare i suoi uffici (essenzialmente di pacificazione dei partiti contrari) (12). Senonchè, in un momento successivo, «quando la potenza del Podestà aumentò, non servì più tale organizzazione al Comune, ma al Podestà personalmente». Apparato, quindi, si

---

(12) R. Höhn, *Die Wandlung im Staatsrechtlichen Denken*, Hamburg 1934, pg. 18.

presenta ancora lo Stato, che però è ora completamente nelle mani del Signore, di fronte al quale il popolo è avvilito a semplice somma di sudditi (13). Di tale apparato può il Signore disporre come vuole; persino venderlo. Ed è in tale realtà storica che si fondano le teoriche dello Stato del Macchiavelli, del Botero e del Bodin, secondo i quali lo Stato — afferma l'Höhn — è appunto un *Machtapparat*. Concezione questa prettamente individualista, in quanto al centro del sistema sta il Signore come singolo.

Un individualismo ancor più rigoroso si ha col passaggio all'assolutismo monarchico (14). Richelieu, infatti, si serve dello Stato come meccanismo nei vari conflitti politici con le Corporazioni, il Parlamento, la Chiesa ecc.; nella lotta contro gli Ugonotti, anzi, egli dichiara di non volere alcun «*État dans l'État*», cioè nessuna *Machtorganization* accanto alla sua propria statale (15).

Tale ancora, a servizio del Principe, appare lo Stato nell'assolutismo tedesco. Nella lotta contro le corporazioni, il Principe è cosciente della propria posizione di fronte allo Stato come ad un apparato; il che, del resto, è riconosciuto e ammesso anche da parte delle corporazioni (16). Così pure il testamento politico del Principe non fa che mettere in evidenza lapalissiana la concezione dello Stato come *Machtapparat* strettamente connesso con la persona del Principe (17).

Ma la formulazione prettamente individualista del concetto di Stato è quella di persona giuridica. Ha essa origini separate e si rial-

---

(13) *Ibidem.* L'HÖHN fa sapere di seguire per questa parte le informazioni del RODOLICO, dell'HANAUER e del SALZER.

(14) R. HÖHN, *Die Wandlung* cit., pg. 21.

(15) *Ibidem.*

(16) *Ivi*, pg. 22.

(17) E' questa, in altri termini, la concezione patrimoniale dello Stato, inteso come oggetto di diritti privati del Principe; l'HÖHN tuttavia mostra di considerare come oggetto dei diritti patrimoniali, più che il territorio e il popolo, l'organismo o meccanismo burocratico necessario a governare sul territtorio e sul popolo. Meccanismo per altro di cui il Principe può servirsi come vuole, entro però certi limiti imposti da una specie di rapporto di fedeltà, cui molto, secondo noi, viene a somigliare quello tra Führer e Gefolgschaft.

laccia alle corporazioni cittadine del Medioevo. E' in seno a queste che si perfeziona quel processo di astrazione che conduce a considerare lo Stato come entità a sè stante, come « *eigene Grösse* », secondo l'espressione di Federico il Grande. Tale processo è seguito dall'Höhn attraverso l'opera storico-costruttiva del Gierke, che egli si indugia ad analizzare e discutere (18).

La concezione dello Stato come persona giuridica reale, a cui il Gierke ha dedicato i suoi sforzi, è — afferma giustamente l'Höhn — una costruzione dommatica scaturita in lui dall'osservazione attenta di uno sviluppo storico, caratterizzato essenzialmente dal passaggio della *Genossenschaft* germanica alla corporazione medioevale (19). Tale passaggio, tutt'altro che repentino e basato su una infinità di ragioni storiche, non è, da un punto di vista spirituale fondamentale, che il prodotto di una diversa concezione del singolo, il quale non è più considerato membro di una collettività, ma è diventato individualità, personalità autonoma (20). Nel campo, quindi, della organizzazione cittadina e statale egli diventa completamente libero e centro della concezione politica (21). Il trapasso, però, è praticamente deciso quando — secondo il Gierke — si fa luce ed è affermato il nuovo principio della libertà di associazione (*freie Einung*), secondo il quale una *Genossenschaft* non è più qualcosa di « naturalmente sviluppato », ma, piuttosto, di « coscientemente creato ». Si perviene cioè alla possibilità di costruire arbitrariamente delle collettività che trovano il loro fondamento nella « libera volontà degli associati » (22).

La corporazione, dunque, si presenta come una organizzazione

---

(18) Cfr. per questa parte il rilevante lavoro dell' HÖHN, *Otto von Gierkes Staatslehre und unsere Zeit*, Hamburg, 1936. Per una critica, vedi l'articolo dell'HUGELMANN, dal medesimo titolo, in « Braune Wirtschaft Post », 13 febbr. 1937.

(19) *Ivi*, pg. 18; *Die Wandlung* cit., pg. 18.

(20) Il passaggio del GIERKE e dell'HÖHN è in sostanza quello dello JERUSALEM da Gemeinschaft chiusa a Gemeinschaft aperta.

(21) HÖHN, *Die Wandlung* cit., pgg. 23-24.

(22) O. von GIERKE, *Genossenschaftsrecht*, I, Berlin 1913, pg. 221, riportato dall'HÖHN, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pg. 19.

di individui che, non essendo più totalmente assorbiti dalla collettività, si trovano, come membri di questa, in una situazione semplicemente formale, giuridica, in cui si definisce la *Rechtsgemeinschaft*. Tale situazione riflette naturalmente due zone: la privata, generale, in cui ogni singolo è semplice suddito della corporazione, e la pubblica, limitata, aperta a pochi e precisamente a coloro che esercitano funzioni nel consiglio o svolgono comunque una attività per essa (23). Ed è proprio in base all'esercizio di queste funzioni che la corporazione cittadina assurge a persona giuridica. Il Gierke, infatti, afferma che nella città si deve a un certo punto riscontrare una unità separata e distinguibile dai singoli membri, vale a dire un vero e proprio soggetto giuridico (24). Tale essenza superiore e astratta della città, che si presenta innanzi tutto nei rapporti esterni di questa — come per esempio nella lotta contro i signori feudali — si rafforza sempre più anche all'interno nei rapporti con i singoli, i quali, pertanto, perderanno completamente l'antica posizione di parti integranti di una concreta organizzazione, per ridursi o in quella di sudditi — cioè soggetti giuridici sottoposti alla persona giuridica corporazione — ovvero nell'altra di organi di questa, con speciali diritti e doveri per le funzioni che esercitano. Ma, al di fuori di tale organizzazione che, come si è detto, non involge tutta la vita del singolo, resta questi, come membro della società, perfettamente libero (25).

Con la monarchia assoluta (II fase di questa) eguali criteri vengono riferiti e applicati allo Stato. Si è visto come le signorie e le monarchie assolute consistessero nella *Herrschaft* del Signore o del Monarca, esercitata *per mezzo* dello Stato, il quale — si è anche rilevato — era un puro meccanismo. E' nella lotta contro l'assolutismo che si perfeziona (divenendo statale) la concezione individualista. Quando cioè il Principe o il Re, che già da qualche tempo, sia pure per eufemismo, dicevano di esercitare funzioni per la collettività, si sentirono

(23) *Ivi*, pgg. 20-21.
(24) *Ivi*, pgg. 22-23.
(25) *Ivi*, pgg. 29 sgg.; *Die Wandlung* cit., pg. 24.

costretti effettivamente a considerare tutta la propria attività di regnanti dominata da vincoli (morali o di diritto naturale), in forza dei quali entrambi venivano ad essere trasformati in organi della collettività popolare, si giunse ad avere di questa una concezione come di alcunchè di astratto e di superiore, differenziabile tanto dai sudditi quanto dallo stesso Principe o Re.

Tale processo di individualizzazione della collettività, sorto e sviluppato come idea politica, che fu oggetto spesso di lotte sanguinose, costituisce la fonte storica della nuova concezione giuridica dello Stato come entità invisibile ed astratta, cioè come personalità. Concezione che, già chiaramente affiorata sotto il regno di Federico il Grande, entra per la prima volta con l'autorità di dogma nella scienza dello Stato e del diritto con l'Albrecht, divenendo la colonna di tutta la dottrina seguente e il punto di provenienza di costruzioni e di sviluppi ulteriori. Essa, peraltro, si prestava appieno alla sistemazione scientifica del regime liberale e parlamentare, come chiaramente appare dall'opera del Preuss.

Qual'è ora la posizione del Gierke di fronte alla concezione dell'Albrecht, del Laband, ecc.? E quale, di fronte allo stesso Gierke ed ai suoi eredi, è quella dell'Höhn?

60. Sulla concezione del Gierke non ci fermeremo, poichè il pensiero di quest'autore è noto in Italia. Vedremo piuttosto, sia pure in succinto, la critica che ad essa muove l'Höhn e l'atteggiamento che assume in conseguenza.

L'obiezione fondamentale che egli contrappone al Gierke, definendone fin da principio la dottrina come individualista, riguarda la concezione del diritto. Quella del Gierke, egli osserva, è la concezione comune dell'epoca di un diritto come complessità di rapporti formali tra singole personalità, astrattamente, quindi, ed artificialmente inteso. I soggetti giuridici vi figurano come entità concettuali capaci di essere tra loro soltanto in rapporti formali, i quali si prestano ad una artificiosa distribuzione in sfere: sopra tutto in sfera pubblica e privata, in cui il singolo, come persona, può assumere appunto posizioni

formalmente diverse (26). Nonostante, quindi, il Gierke accetti l'idea fondamentale del diritto come fenomeno interno del popolo, alla maniera del Savigny, è in realtà il diritto, nella sua forma concreta positiva, qualcosa che non solo è ben lungi dal poter essere intesa come realtà politico-sociale concreta, ma che spoglia del suo carattere di realtà concreta la stessa collettività in cui esiste. Il Gierke ha, infatti, un doppio concetto di popolo: mentre in un primo momento lo intende come collettività avente sangue, lingua e territorio comuni, ne assume poi un secondo concetto, completamente giuridico, che interesserà la sua dotrina dello Stato. In questo secondo senso si mostrerà il popolo al Gierke come una moltitudine di persone che viene in considerazione al momento della organizzazione stessa dello Stato. Esso cioè diventa la somma dei cittadini appartenenti, attivamente o passivamente, allo Stato secondo lo sdoppiamento della posizione del soggetto giuridico. Quella che il Gierke chiama «*Körperschaftsmitgliederschaft* non è, infatti, che la posizione astratta e formale del singolo in seno all'organismo giuridico statale (27).

Lo «Stato popolare» gierkiano ha, quindi, un significato relativo che non può, secondo l'Höhn, essere applicato alla concezione moderna nazionalsocialista. Il rapporto di compenetrazione tra popolo e Stato, con cui il Gierke ha creduto di avere trovato la formula per il salvataggio della personalità «concretizzata», cioè intesa aderente ad una collettività reale, non si riduce che a un rapporto concettuale, a un fenomeno del pensiero dello scienziato, a una costruzione della mente. Anche il Gierke, pertanto, non eviterebbe il trabocchetto della finzione. Nello Stato, invero, così come egli lo immagina, il popolo non è che «pensato» come immanente e non riesce ad altro che a superare il concetto ancor più formale di Stato come istituto (*Anstalt*) caratteristico dell'epoca delle monarchie costituzionali (28).

---

(26) R. Höhn, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pgg. 81 sgg.: «Das Rechtssystem ist ein Normensystem» e come tale ha semplicemente il fine di limitare le volontà singole. Il diritto in senso obbiettivo è quindi «Inbegriff der Rechtssätze».

(27) *Ivi*, pgg. 95 sgg. con richiami al Gierke, *Grundbegriffe*, pgg. 93, 118.

(28) R. Höhn, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pg. 97.

Anche la «realtà» della persona giuridica statale del Gierke si riduce ad una astrazione. L'organismo popolare che forma il «sostrato» dello Stato non è che un organismo formale giuridico. Non è, come si è detto, che il popolo nella sua concezione giuridica astratta, come somma di soggetti giuridici in rapporto fra loro e... con lo Stato, soggetto giuridico anch'esso al di sopra dei singoli. Base di questo, per il Gierke, è una collettività che non può essere intesa concretamente, quale organismo vivente, ma solo quale comunità in cui i singoli membri hanno il convincimento (*Ueberzeugung*) di essere membri di una collettività di soggetti giuridici in rapporto reciproco: in una parola di una *Rechtsgemeinschaft.* Anche da un punto di vista spirituale, dunque, il diritto, nonostante per la sua concezione fondamentale il Gierke non si allontani dal pensiero del Savigny, si esaurisce in un fenomeno psicologico individuale generale che, per attuarsi, ha bisogno della organizzazione degli individui che come membri della *Rechtsgemeinschaft* partecipano di un sentimento giuridico (*Rechtsgefühl*) in unità. Questa — personalità superiore — è, appunto, lo Stato (29).

Essenzialmente contro siffatta concezione del diritto e della collettività popolare, che non solo nel Gierke ma in tutta una serie di filosofi e di giuristi anche contemporanei egli riscontra, si volge la critica dell'Höhn.

61. Nella censura che l'Höhn porta al concetto di *Rechtsgemeinschaft* occorre notare che essa è formulata non in base ad un metodo rigorosamente negativo, ma con l'ausilio di un concetto che l'autore già possiede: quello di *Volksgemeinschaft.* E, in quanto egli già sa di ricevere per base questo concetto, l'altro respinge, affermando l'impossibilità di un compromesso o di una fusione tra i due.

Rechtsgemeinschaft e *Volksgemeinschaft* — asserisce l'Höhn, segnando così l'innovazione saliente per cui la sua dottrina si distingue dalle altre — sono due nozioni inconciliabili. Se si prende per punto

(29) *Ivi*, pgg. 87 sgg.

di partenza la *Volksgemeinschaft,* così come i nuovi principi filosofico-politici del Nazionalsocialismo la forniscono, non si può ad essa applicare la vecchia e superata nozione di *Rechtsgemeinschaft.* Fare ciò significa rinunciare in definitiva al concetto di popolo conquistato dalla Rivoluzione, significa alterare la realtà creata da questa nei campi della politica e del diritto. Non più, dunque, la collettività popolare come collettività giuridica alla maniera del Gierke e di altri autori anche moderni (30), spiegherà scientificamente la vita giuridica e l'assetto statale di un popolo, ma la collettività popolare da sola e senza bisogno di qualificazione sarà fondamento e colonna della nuova dommatica (31).

Le ragioni di inconciliabilità sono, a suo parere, molteplici.

Considerare una collettività simultaneamente come realtà concreta vivente e come organismo giuridico non è possibile. L'organismo giuridico del Gierke è un qualcosa di astratto e di invisibile, cioè di puramente pensato, ideale, desunto dalla sintesi del raziocinio, laddove la collettività secondo la concezione hitleriana è una realtà concreta in cui si vive e che non ha bisogno di essere immaginata per mezzo di una astrazione (32). Nè tale organicità può venire adattata, come si è tentato, alla collettività reale sì da diventarne un carattere naturale. Un organismo procede sempre dai singoli e si basa sulle divisioni delle sfere d'azione del singolo e, perciò, non può che esser ridotto ad unità invisibile. Ora, osserva l'Höhn, come si può

---

(30) L'Höhn accusa infatti di incapacità a liberarsi della concezione giuridica del popolo come base dello Stato non solo il Binder, il Larenz e quanti altri si servono del concetto di objektiver Geist come fonte prima del diritto e dello Stato, ma lo stesso Jerusalem, poichè, egli dice, l'affermare che in una Gemeinschaft chiusa il diritto investe tutte le manifestazioni di vita non supera la nozione formale di popolo come organismo giuridico (Rechtsgemeinschaft). E' dunque proprio tale considerazione del popolo «in un certo modo» come base dello Stato che occorre evitare.

(31) Cfr. sopra tutto R. Höhn, *Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft,* Hamburg 1935.

(32) R. Höhn, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pg. 153: «Die Gemeinschaft ist für uns vielmehr die konkrete Wirklichkeit in der wir leben und die wir nicht erst auf dem Wege über eine Abstraktion zu gewinnen brauchen».

applicare il concetto della indivisibile unità dell'organismo ad un reparto di S. A. o ad un campo del servizio del lavoro? (33).

Addentrandosi nel particolare, egli mette in evidenza anche la assoluta impossibilità di inquadrare il principio del *Führer* in una dommatica che la *Rechtsgemeinschaft* abbia per base. Non infatti una collettività di entità astratte (soggetti giuridici) — essa stessa astratta (persona giuridica) — presuppone il principio suddetto, ma una concreta, poichè la *Gefolgschaft* non può essere composta che da uomini e da collettività concrete (34).

Eguale osservazione egli fa per il nuovo elemento costituito dalla fede che non può assurgere a principio fondamentale in una collettività che sia intesa formalmente e astrattamente.

Al contrario, soltanto in una *Gemeinschaft* concreta può la fede essere concepita come contenuto giuridico (35). Così il concetto di razza, che non a qualsiasi collettività è riferibile, si mostra incompatibile con una pura *Rechtsgemeinschaft* (36) e così altri ancora di secondaria importanza.

La conclusione, al riguardo, a cui giunge l'Höhn è, come si è detto, la radicale rinuncia al concetto di *Rechtsgemeinschaft* e la sua sostituzione con quello nuovo ed esauriente di *Volksgemeinschaft* (37): di

---

(33) *Ivi*, pg. 66. E' noto che nella milizia del Partito e nei campi del servizio del lavoro uno dei fini principali è la realizzazione tra i giovani di un elevato spirito di cameratismo; ma non sappiamo come in ciò, oltre ad un profondo significato etico e politico, possa l'HÖHN riscontrare un vero e proprio domma giuridico, atto a sostituire vari vecchi principi, come quello della sicurezza reciproca dei singoli. Interessanti sono tuttavia a tal riguardo i regolamenti disciplinari interni degli Arbeitsdienstläger che, anche praticamente, realizzano la fusione spirituale tra i giovani in una forma che ha tutte le caratteristiche della giuridicità. Per una vasta notizia cfr. GÖNNER, *Spaten und Aehre*, Heidelberg, 1937.

(34) R. HÖHN, *Rechtsgemeinschaft und* cit., pg. 75: « Der Führer wächst aus einer derartigen sichtbaren Gemeinschaft und führt diese Gemeinschaft weiter ». E oltre: « Man kann immer nur Menschen und sichtbare Gemeinschaften führen ».

(35) *Ivi*, pg. 77.

(36) *Ivi*, pg. 79.

(37) *Ivi*, pg. 81: « Wir mussen von der Welt der Vorstellungen loskommen, müssen es aufgeben, die Rechtsgemeinschaft, die lediglich eine Wertgemeinschaft darstellt, der Volksgemeinschaft gleichzusetzen, von einer Welt von Werten statt von konkreten Gemeinschaften auszugehen ».

una collettività concreta, in cui il diritto non appaia un sistema di norme stante al di sopra di essa, ma un suo prodotto concreto (38) che, alla pari della morale, della cultura, ecc., non richiede astrazioni e formalizzazioni (39): di una collettività cioè che non è « *Abschnitt aus dem sozialen Leben, sondern das soziale Leben* ».

62. In seno a tale collettività non vive più un formale soggetto giuridico, legato idealmente e concettualmente agli altri soggetti e alla collettività fatta persona, ma il compagno di stirpe, il quale non ha una « personalità » che tali relazioni giuridiche gli permettano, ma è assorbito totalmente (*ganz erfassen*) dalla collettività (40). Eliminata l'idea di diritto come rapporto tra soggetti e come convincimento interiore che si deve attuare all'esterno per mezzo di una organizzazione intesa astrattamente ed unitariamente, cade, col concetto di *Rechtsgemeinschaft,* pur quello di soggetto giuridico. Anche l'individuo, cioè, non può essere sottoposto ad una astrazione. Egli è uomo, membro di una collettività, non può che restare tale, essere concreto e non sopporta la trasformazione, in forza di un procedimento logico, in entità astratta. Nello stesso modo, dunque, che alla *Rechtsgemeinschaft* si deve sostituire la *Volksgemeinschaft,* si deve al soggetto giuridico, persona, sostituire il *Volksgenosse,* che non è creazione del diritto, ma entità concreta (41).

Il comportamento del concetto di *Volksgemeinschaft* deriva dalla posizione di essa nei riguardi dello Stato, e, quindi, anche dal concetto di questo.

---

(38) Mentre dunque per il KOELLREUTTER è il diritto un prodotto della collettività che però riesce a qualificare la collettività stessa, nell'HÖHN resta questa completamente inqualificabile dalla produzione materiale delle norme.

(39) R. HÖHN, *Rechtsgemeinschaft und* cit., pgg. 82-83: « Recht, Kultur, Sitte und Sprache sind Erscheinungen der Gemeinschaft.... Sie stehen nicht nebeneinander, sondern gehen ineinander über... Es gibt also innerhalb der Volksgemeinschaft nicht eine besondere Rechtsgemeinschaft, nicht eine besondere Kulturgemeinschaft, nicht eine besondere Sprachgemeinschaft ». E' evidente l'equivoco di una distinzione per reparti a posto di una specifica valutazione scientifica.

(40) R. HÖHN, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pgg. 154 sgg.

(41) *Ivi,* pgg. 79 sgg.

63. Il secondo pilastro della concezione dell'Höhn è la negazione della personalità dello Stato; negazione che è — ed è chiaro — la conseguenza dell'abolizione del concetto di *Rechtsgemeinschaft;* una applicazione, anzi, della negazione della personalità come entità giuridica generale. Una volta abolita la concezione giuridica formale del popolo come somma di soggetti giuridici sottoposti alla personalità dello Stato (sudditi), cade, con la personalità dei singoli, la stessa personalità statale. Non è più necessario concepire il popolo come unità invisibile superiore, ma è sufficiente fermarsi alla sua realtà concreta. Basta la *Volksgemeinschaft* a dare la base della costruzione scientifica; soltanto essa tale base deve costituire se si vuole che i principi filosofici, politici e giuridici del Nazionalsocialismo trovino possibilità di applicazione.

Il diniego della personalità dello Stato non è presentato come semplice conseguenza del concetto di *Volksgemeinschaft,* ma è altresì giustificato con argomenti che tuttavia o peccano di apriorismo o si svisano le dottrine opposte per poterle più facilmente attaccare (42).

a) Concepito lo Stato come persona, si devono ad esso attribuire i vari atti dai suoi «organi» emanati. Così la legge. Orbene, è veramente corretto dire che questa sia atto della astratta persona statale, se nella nuova concezione è invece «atto concreto di guida» (*Akt der Führung*), in seno ad una concreta collettività? La collettività nazionalsocialista non ha bisogno, d'altronde, di cristallizzare in un atto attribuito ad un essere invisibile una volontà comune raggiunta attraverso una artificiosa amalgamazione di volontà singole: ha una sua volontà ed ha la maniera *naturale* per esprimerla: la *Führung.* Perchè, dunque, ricorrere a delle astrazioni? La incompatibilità della persona del *Führer* ad essere «organo» di una invisibile persona, allo scopo puro e semplice di renderla visibile secondo la dottrina del Laband, del Gierke ecc., è un'altra ragione militante contro la presunta presonalità dello Stato, la quale senza «organi», o almeno senza organi vitali, non può essere immaginata (43).

---

(42) Cfr. R. Höhn, *Der individualistische Staatsbegriff und die juristische Staatsperson,* Hamburg 1935.

(43) R. Höhn, *Rechtsgemeinschaft und* cit., pgg. 10-11.

b) La personalità dello Stato, pur essa fondamento della dottrina dominante nel diritto penale è, anche nell'ambito di questo, del tutto inconciliabile con i nuovi principi. Infatti, a parte che con la attribuzione della personalità astratta dello Stato si può giungere a conclusioni poco confortanti e paradossali — quale, ad esempio, quella che un delitto contro lo Stato è assai meno grave, per essere questa una pura formula intangibile, di un delitto contro un individuo concreto (44) — si hanno effettivamente oggi criteri tali del reato e della giurisdizione penale che ripudiano la personalità dello Stato. Il reato non è che la frattura del cerchio della collettività, per cui l'ordine di questa risulta turbato e deve essere ristabilito; il che vale non solo per i così detti reati contro lo Stato, che nel $ 90 del nuovo codice penale sono espressamente intesi come reati contro il popolo tedesco (45), ma per ogni tipo di reato in base alla qualità che ogni singolo ha di *Volksgenosse,* qualità in stretta connessione con la *Gemeinschaft* (46). Anche il concetto della giurisdizione penale e le basi di questa cozzano, secondo l'Höhn, contro la personalità dello Stato. Con l'abolizione, infatti, del principio *nulla poena sine lege* e con la conseguente introduzione della competenza del giudice ad applicare le pene a fatti non direttamente contemplati come reati, egli dice che il giudice cessa di essere legato a norme statali rigorose e, quindi, ad una presunta volontà statale e deve per contro rifarsi direttamente al diritto riposante nella collettività popolare, per applicarlo di volta in volta con principi di equità e di giustizia. La personalità giuridica dello Stato perciò, come limite al potere giurisdizionale, si vuota di significato (47).

---

(44) Queste argomentazioni abbiamo udito svolgere in alcune esercitazioni dirette dall'Höhn presso l'*Institut für Staatsforschung,* Semestre estivo 1937.

(45) Così ancora nella suddetta esercitazione dell'JURGEL.

(46) R. HÖHN, *Rechtsgemeinschaft und* cit., pg. 13: « Mit der Untat ist vielmehr der Gemeinschaftskreis durchbrochen. Die Gemeinschaftsordnung muss wiederhergestellt werden ». Non ci sembra tuttavia ciò inconciliabile con la personalità statale. Che il reato sia una rottura dell'equilibrio sociale, sia pure in seno ad una concreta collettività, è luogo comune, poichè concezione meramente superficiale del reato, che non pregiudica alcuna costruzione giuridica ad esso relativa.

(47) Così nelle esercitazioni accennate. Ci sia tuttavia permesso di osservare

c) Così, nel diritto amministrativo, è la concezione dello Stato-persona, che comporta la natura di organi nei funzionari, non compatibile con la vera posizione loro spettante nel sistema nazionalsocialista di esecutori diretti di funzioni per la *Gemeinschaft*. Ma ciò presuppone la concezione definitiva che l'Höhn ha dello Stato e che vedremo tra breve.

d) Con il concetto di Stato-persona non si supera l'antitesi tra diritto pubblico e privato che riposa essenzialmente sulla distinzione delle sfere che l'individuo occupa in seno alla *Rechtsgemeinschaft*. Nella collettività nazionalsocialista, invece, l'individuo è completamente assorbito (*ganz erfassen*) e, pertanto, ogni distinzione in sfere è impossibile (48).

e) Altri argomenti di ordine meno strettamente giuridico riguardano i rapporti internazionali. Si dice che nella sfera internazionale siano degli Stati-persona in rapporto tra loro. Pensiamo — s'esprime a tale proposito l'Jurgel, interpretando il pensiero dell'Höhn — alla Germania del 1919. Non certo la persona giuridica statale poteva pagare i debiti di guerra, ma il popolo! La propaganda inglese e francese di allora tendeva a far credere che la guerra fosse stata condotta non contro il popolo tedesco, ma contro la Monarchia, lo Stato; ma il popolo sa che la lotta era per la sua stessa esistenza! »

---

che anche questo argomento di diritto positivo non decide nulla. Se infatti la distinzione dei poteri è un principio storicamente legato con la personalità dello Stato, non è anche a questa logicamente connesso, sì che con la sua soppressione non è detto debba anche cadere la concezione dello Stato come persona giuridica. La indipendenza poi che l'Höhn dice il giudice avere oggi in Germania, sì da potersi in lui a volte riscontrare una vera e propria facoltà di legislazione o, quanto meno, di una specie di interpretazione autentica dell'ordinamento, non è viceversa da intendersi in tal modo; faremo a tal riguardo delle osservazioni nella conclusione, ma intanto teniamo presente che vincoli il giudice incontra sempre anche quando è a lui attribuita una facoltà colmativa delle disposizioni positive, poichè non si potrà mai dire che egli sia un legislatore, creatore di nuove norme dall'esterno dell'ordinamento, ma si deve riconoscere che è solo un interprete, a base teleologica od analogica, dell'ordinamento positivo e che quindi non può non avere delle serie direttive, anche semplicemente politiche (come le dichiarazioni del Führer, le disposizioni del Partito ecc.), le quali non ripudiano affatto, almeno a priori, di essere considerate contenuto di una determinata attività di organi dello Stato.

(48) R. Höhn, *Rechtsgemeinschaft und* cit., pg. 16.

64. Sulla critica di tutta la concezione statale non solo del Gierke ma di quanti altri, partendo dalla *Rechtsgemeinschaft,* discendono alla nozione fondamentale di Stato come persona giuridica, costruisce l'Höhn la sua dommatica o, meglio, getta le basi e indica la via per quella che, secondo la sua opinione, dovrebbe essere la nuova dottrina figlia della Rivoluzione nazionalsocialista.

Punto fondamentale è, come si è visto, la sostituzione del concetto di *Rechtsgemeinschaft* con quello di *Volksgemeinschaft;* sostituzione che, peraltro, ne importa una seconda che, come la prima è la base della concezione giuridica del popolo, viene ad essere la base della concezione dello Stato. Tale seconda sostituzione, com'è facile comprendere, è quella della persona giuridica statale con la *Volksgemeinschaft* pura e semplice: col popolo, con la collettività, come realtà concreta, vivente (49).

La *Volksgemeinschaft* — afferma l'Höhn — non è una persona astratta e non è nemmeno il sottostrato, la base sostanziale di una unità personale astratta. Essa è il popolo, come realtà di fatto in cui viviamo, insofferente di particolari; come tale non ha bisogno, perciò, di un organismo per la propria determinazione nella storia giuridica. Il diritto è sua opera immediata, come lo Stato, non nel senso che per creare il diritto deve essa assumere la forma statale e particolarmente di uno Stato inteso come persona invisibile, bensì in quanto questo è necessario semplicemente alla *Volksgemeinschaft* per perseguire i propri fini. Nulla di più (50). Il popolo, quindi, è per sè stesso capace di vivere e di creare il proprio diritto: può emanare una vo-

---

(49) *Ivi,* pg. 20: « Auf dem Gebiete des Staatsrechts tritt an Stelle der juristischen Staatsperson die Volksgemeinschaft als Rechtsbegriff ». *Die Wandlung* cit., pg. 33: « An Stelle der juristischen Staatsperson ist als juristisches Grundprinzip, als Grund- und Eckstein des neuen Staatsrechts das Prinzip der Volksgemeinschaft und der Führung getreten ».

(50) R. Höhn, *O. von Gierkes Staatsl.* cit., pg. 90: « Für uns ist das Recht unmittelbare Entfaltung der Gemeinschaftsordnung. Es kommt nicht vom Staat, der bei der Rechtssetzung an die Rechtsgemeinschaft gebunden ist, sondern es kommt aus einer echten Gemeinschaft selbst... Recht ist, was arische Menschen für Recht empfinden ».

lontà che non è affatto necessario riferire ad una persona astratta; ha mezzi naturali per ciò fare perchè ha insito il principio della *Führung*. Un popolo senza *Führung* non sarebbe tale, non risponderebbe più ai principi nazionalsocialisti e non potrebbe esser preso per base di una concezione del diritto e dello Stato. Ovunque, invece, ricorre una *Führungsgemeinschaft* si ha una realtà che deve essere accettata quale è, senza mistificazioni ed astrazioni, come concetto immediato della scienza giuridica. Il popolo, in altri termini, è per sè stesso un concetto giuridico perchè è il presupposto del diritto, diretto creatore di questo. Vive producendo il diritto e servendosi dello Stato per raggiungere i suoi fini; non ha, quindi, bisogno « di essere inteso in un certo modo », ma deve entrare come base della scienza giuridica così come è. Solo così è possibile costruire in conformità dei nuovi principi nazionalsocialisti.

In conclusione: popolo invece di Stato. Popolo, grandezza politica sociale perfetta, realtà concreta in atto, scomponibile in due elementi fondamentali (senza i quali tale concezione sarebbe impossibile): guida politica e seguito. L'Höhn, in fondo, ha una concezione identica a quella del Koellreutter, che è quella comune. La sua innovazione si riduce, in ultima analisi, ad una semplificazione. Il popolo infatti, come binomio *Führung-Gefolgschaft*, non è il presupposto dello Stato come unità invisibile in cui la realtà popolare si proietta nella forma tipica giuridica, sì che la *Führung* diventi *Regierung* e la *Gefolgschaft* il complesso dei sudditi (*Untertanen*). E' esso stesso il concetto giuridico fondamentale; la *Führung* e la *Gefolgschaft* esauriscono il mondo giuridico e statale (51).

La conclusione è questa: non dovendo il popolo essere considerato come persona giuridica statale, ma come realtà strettamente in atto, non avrà più bisogno di organi, ma di individui che agiscano e che esplichino funzioni direttamente per esso, che emanino cioè una volontà che sarà loro e non riferibile ad una personalità astratta; tali però che nell'azione abbiano la coscienza di agire per la comunità.

---

(51) R. Höhn, *Die Wandlung* cit., pgg. 33-34.

Organi naturali, quindi, (l'Höhn non usa tuttavia tale espressione) e mai organi giuridici, poichè non con una formale *Rechtsgemeinschaft* o con una persona giuridica essi sono in relazione, ma con una collettività concreta e reale.

La guida politica, dunque, costituita da un solo individuo (*Führer*) non è organo nè dello Stato nè del popolo, ma *elemento naturale* di questo che per suo mezzo vive e produce il diritto. Il *Führer* esprime una volontà propria e risponde verso il popolo di tale volontà. Anche qui, essendo egli organo del popolo non in senso giuridico, ma in senso naturale, la sua responsabilità non va intesa in maniera formale, sì che, ad esempio, il popolo possa dimetterlo dal suo posto. Questo non gli è stato assegnato secondo un procedimento formale a cui resti legato, ma secondo un processo politico, interno, selettivo. Tale responsabilità, dunque, deve essere intesa nel senso che, ove il *Führer* non mostri di agire come tale, ma come despota dittatore, un movimento in seno alla *Gemeinschaft* dovrà avvenire perchè al dittatore un vero Capo venga sostituito (52).

65. Il *Führer*, come « guida naturale politica » del popolo (cioè come individuo e non come organo o soggetto giuridico o rappresentante o altro che mutili la sua essenza e la sottoponga ad astratte rappresentazioni), si serve di un apparato umano di funzionari e di impiegati, di uffici, stabilimenti, ecc. per raggiungere i fini della collettività popolare che egli guida. Tale apparato (meccanismo obbiettivo di individui alla sua dipendenza diretta) macchina che ricorda quella delle Monarchie assolute e richiama la dottrina dell'Hobbes, è, secondo l'Höhn, precisamente lo Stato (53); il quale, perciò, è un « apparato » e non altro. Neppur esso pertanto è persona, giacchè le volontà dei singoli individui che vi rientrano non gli si riferiscono, ma rimangono proprie degli individui da cui emanano.

(52) *Ivi*, pg. 40.

(53) Cfr. ancora R. Höhn, *Staat und Rechtsgemeinschaft* nella « Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft » 1935, pg. 656; *Der Führerbegriff im Staatsrecht* in « Deutsches Recht » 1935, pg. 297. Vedi anche: A. Rosenberg, in « Lo Stato », 1934, pg. 45 sgg.

Anche l'impiegato, quindi, perde i caratteri di organo (54). Egli è un uomo il cui lavoro si addiziona a quello degli altri impiegati e funzionari, concorrendo al conseguimento di determinati fini che sono quelli del popolo. Il lavoro che ogni individuo esplica, sia emanazione di volontà, sia parere, sia opera prettamente materiale, è strettamente suo e gli attribuisce una responsabilità nei confronti degli altri, cioè verso i superiori, fino al *Führer*. Egli, infatti, agisce entro i limiti e secondo le disposizioni emanate da questo e perciò può essere chamato «servitore» (*Diener*) del *Führer*.

L'essere l'apparato statale il mezzo necessario al popolo per raggiungere i propri scopi non deve, dunque, far ritenere che le attività in esso svolte siano a quello da riferire. Concepito il popolo come un tutto finito, si deve dire che lo Stato sia parte di esso (come il *Führer*, il Partito e le varie istituzioni) e che, quindi, in questo senso, l'attività statale sia attività del popolo; ma ciò solo in ultima analisi, perchè all'interno di questo e per la dottrina giuridica concreta di esso, le volontà restano separate: tanto quella del *Führer* quanto quella dei funzionari, onde non un legame giuridico formale astratto o di rappresentanza o di organicità o d'altro tra tutti intercorre, ma un rapporto concreto, naturale, vitale, in quanto tutti sono elementi, con funzioni specifiche, dell'intera collettività popolare.

Per concludere sulla concezione dell'Höhn, volendo considerare in seno al popolo la posizione del Partito, si giunge alla definizione di questo come di una collettività ristretta, selezionata in seno alla più vasta collettività popolare da cui il *Führer* promana e di cui è guida. Anche al Partito, cioè, nonostante esista una legge in contrario, nega l'Höhn la personalità giuridica, ripetendo presso a poco gli argomenti addotti contro la personalità dello Stato (55).

Ecco, allora, che la struttura di questo (nel nostro senso, ma, per l'Höhn, della collettività popolare) si profila sulle basi del concetto fondamentale di *Führer*. La *Volksgemeinscheft*, tutto sociale

(54) Cfr. R. Höhn, *Der Beamte* in «Deutsches Recht», marzo 1937.

(55) R. Höhn, in «Deut. Jur. Zeit.» 1935, pgg. 66 sgg.

completo, è una collettività concreta, tangibile, con un Capo che per essa agisce, ma conserva proprie le azioni che compie (56).

Entro la collettività, alle dipendenze del *Führer,* stanno il Partito e lo Stato: il primo con fini puramente politici, che si potrebbero definire di compenetrazione tra popolo e Capo; il secondo con scopi materiali dati dal fatto che il *Führer* non può espletare tutto da solo, ma ha bisogno della collaborazione e dell'opera di altri.

In tale concezione — è superfluo accennarlo — non trova posto una serie di principi tradizionali. Primo fra essi quello della divisione dei poteri, che è compatibile semplicemente con un concetto formale di *Rechtsgemeinschaft,* in cui le sfere giuridiche si presentino distinte e ripartite; così pure quello della sicurezza giuridica del singolo di fronte alla collettività. Cadono, infine, vari concetti giuridici fondamentali (di diritto pubblico subbiettivo, di pretesa giuridica, di atto unilaterale, bilaterale, complesso, ecc.) per far posto ad entità poco chiare che tutte vogliono fondarsi sulla natura concreta del *Volksgenosse* e della *Volksgemeinschaft.*

Sulla concezione dell'Höhn più strettamente relativa all'attuale costituzione tedesca non è necessario intrattenersi. Ci limitiamo a notare come per questo autore siano, sulle basi della concezione adottata, tutti gli altri concetti da rivedere e rielaborare: da quelli di diritto obbiettivo e subbiettivo a quelli di funzionario, di competenza, fino ad ogni altro principio del diritto amministrativo. E la revisione non dovrebbe arrestarsi all'organismo statale, ma dovrebbe essere estesa a quelli dei comuni e delle amministrazioni indirette e autonome.

Il compito — realmente grave — si impone. La dottrina della nuova Germania deve impegnarsi a raggiungere quelle verità scientifiche di cui ancora è priva e che sono degne di un grande popolo.

---

(56) Su ciò diremo appresso nella conclusione (n. 74).

CONCLUSIONE

CONCLUSIONE

SOMMARIO: 66. Distinzione tra i valori etico-politico e scientifico della dottrina. — 67. a) *Il diritto*: significato essenzialmente deontologico di essa. — 68. Insufficiente definizione logica del diritto. — 69. Osservazioni sulla distinzione tra gli aspetti deontologico e teleologico. — 70. Il « nullum crimen sine poena ». — 71. Il concetto di persona. — 72. I principi del *Führer*, della fedeltà, ecc. — 73. b) *Lo Stato*: valore deontologico della dottrina. — 74. La nozione di Stato nella scienza giuridica.

66. Dopo l'esposizione — sia pure non completa — della dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato ci sembra opportuno concludere da due punti di vista diversi: l'uno etico-politico, cioè pratico, l'altro rigorosamente scientifico. Diciamo subito che, se dal primo punto di vista si dovrà constatare la fecondità del nuovo pensiero tedesco, in quanto si mostra ricco di elementi nuovi e spesso soddisfacenti, dal secondo — invece — non se ne potrà che rilevare la insufficienza, poichè spesso, specie per ciò che riguarda la scienza del diritto, risulta privo di basi solide e di sistemazioni esatte. Ciò almeno da parte di chi è abituato a guardare nel mondo giuridico secondo un sistema tradizionale, romano in largo senso. Il quale — così vastamente inteso — si caratterizza per il fatto che, mentre è capace di evoluzione e di completamento continui, non perde per ciò la sua impronta originaria e fondamentale; è cioè potenzialmente in grado di comprendere fenomeni nuovi e futuri senza rinunziare ai propri caratteri, sopra tutto metodologici, che — rinunziati — provocherebbero, con la propria, la caduta di tutto il sistema. E a questo — ci sia lecito domandare — formato non soltanto di dogmi e di principi tecnici, ma di un vero e proprio modo di considerare il mondo giuridico, che cosa si dovrebbe sostituire? Ed è, d'altra parte, real-

mente necessario, per inquadrare certi fenomeni positivi, sconvolgere una costruzione millenaria e poderosa? o non è meglio, invece, continuare a costruire utilizzando le nuove conquiste in ogni campo? E' nostra opinione che la storia del pensiero non sia costituita da una serie di rivoluzioni totalitarie, ma che consista, piuttosto, in una costante evoluzione, la quale, come ha stasi, ritorni, sviluppi lenti e normali, ha altresì passaggi repentini. E tanto meno crediamo che si possano annullare sin che avremo uno Spirito umano o — se più piace — fin quando ragioneremo con un cervello umano, certi atteggiamenti fondamentali di quello Spirito e certe fasi di questo ragionare, quali sono appunto quelli che informano le costruzioni della scienza del diritto.

Si può, anzi, affermare — proprio in conformità con le idee tedesche contemporanee — che molti sono i popoli che hanno avuto una particolare e più decisiva funzione storico-sociale. Tra essi, specialmente, il popolo romano che si può dire sia stato il creatore del diritto e — si badi — non solo del diritto tecnicamente inteso come perfezione di norme, ma come istituto tipico della società, come atteggiamento e categoria spirituale, come sentimento etico e scientifico. Non vi è, quindi, ragione per ripudiare la tradizione di Roma e per tentare di istituire una mentalità giuridica del tutto nuova e volutamente agnostica del passato che, per lo meno, si risolve in una vana pretesa: quella di rinunciare ad una esperienza secolare da cui, per contro, non si può assolutamente prescindere e che i maggiori giuristi tedeschi compresero di dover tenere in seria considerazione anche — e sopratutto — quando si accinsero a costruire qualche cosa di nuovo e di grande (1).

---

(1) Cfr. l'articolo di L. Rossi, *Germanesimo «giuridico»?*, in *Rivista di diritto pubblico*, novembre 1935, XIV, nel quale sono poste in chiaro raffronto le condizioni della scienza giuridica tedesca ai tempi dei grandi giuspubblicisti informati al diritto romano con quelle attuali. Il Rossi, inoltre — mentre giustamente spiega la rivoluzione scientifica tedesca, anche nel campo del diritto, con l'amor proprio nazionale — nota come tale rivoluzione avrebbe potuto egualmente ed, anzi, più fecondamente verificarsi, se il diritto romano fosse rimasto «esemplare e tipo cui avvicinare il diritto del popolo tedesco secondo la tendenza della migliore scienza germanica del secolo scorso». Nè, così facendo, si sarebbe ricaduti nel tanto com-

Ora, al modo di intendere romano — ripetiamo, si badi, in largo senso — resta estranea qualsiasi maniera di concepire il diritto *non giuridicamente*; non resta viceversa estraneo il tentativo di inserire il fenomeno giuridico in un quadro più ampio, che permetta di studiarlo *anche* da un osservatorio non giuridico. Distinguiamo, perciò, nella filosofia e nella scienza giuridica della nuova Germania: a seconda cioè che siano valutate come «contributo» o come «sistema», risulteranno esse rispettivamente accettabili o no; a seconda che vogliano mettere in luce degli elementi o dei caratteri del fenomeno giuridico, o intendano, invece, esaurire l'argomento e gettare le basi di una nuova scienza o metodologia giuridica, questa apparirà accettabile o meno. Nè si può semplicemente dire che il pensiero tedesco contemporaneo sia incompleto, che abbia dei vuoti e che, quindi, un giudizio eclettico che di esso si serva riesca proficuo. Ciò sarebbe un metodo superficiale di adattamento, mentre è necessario normalizzare e definire il punto di partenza e avere per basi delle verità scientifiche e non delle intuizioni o dei modi di intendere aprioristici e metafisici.

Il valore innegabile del Nazionalsocialismo, dunque, è essenzialmente etico-politico: relativo alla considerazione del diritto e dello Stato come realtà funzionali, finalistiche. Tale valore, però, risulta scientificamente sminuito dal non distinguere — specie nei riguardi del

---

battuto giusnaturalismo, perchè, anzi, si sarebbe inteso il diritto come entità soggetta a continua evoluzione e perfezione.

Analoga osservazione va fatta nei riguardi dell'atteggiamento scientifico nazionalsocialista di fronte ai giuspubblicisti del Primo Impero. I nuovi autori, infatti, non solo disprezzano *a priori* tutto quanto precede, si può dire, il 1933, ma non attingono neppure a quelle fonti alle quali, invece, sarebbe per essi estremamente utile attingere. Così, ad esempio, l'Höhn non mostra nemmeno di conoscere certe formulazioni della vecchia scuola realistica, come quella del Seydel, secondo cui lo Stato come ente complesso non esiste, mentre esiste soltanto un popolo dominato da un potere politico e, cioè, guidato da una guida politica. Cfr. M. Seydel, *Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre*, Freiburg, 1873, pag. 1 e segg.; L. Rossi, *L'unità giuridica del Sindacato in rapporto ai principi generali delle persone collettive*, in *Rivista di diritto pubblico*, agosto 1934, nota n. 3. Le consuete ragioni di brevità ci fanno eliminare ulteriori richiami che, per vero, sarebbero numerosi e dovrebbero essere non soltanto superficiali.

diritto — la netta considerazione in due ulteriori aspetti profondamente diversi tra loro (uno ideale, deontologico e uno concreto, teleologico) e dal non mettere in giusta relazione — e, anzi, confondere — l'intendimento etico generale con quello logico, di certo ineliminabile.

Per la chiarezza della esposizione è bene esaminare separatamente i concetti di diritto e di Stato.

67. Il diritto — si è visto — è inteso dai filosofi e dai giuristi in maniera fondamentalmente romantica anche se le varie formulazioni assai spesso si distaccano dallo Hegel e dal Savigny. Romantica cioè è la dottrina in quanto concepisce il popolo come realtà capace di produzioni spirituali concrete. La derivazione di tale capacità dall'essere il popolo animato da un *Volksgeist* o dall'obbedire ad una *konkrete Ordnung* o dal contenere un *Gemeingeist* che modelli l'azione dei singoli Spiriti individuali, ha scarsa importanza. I trattatisti, infatti, non si attardano eccessivamente nel chiarire in che cosa consiste quel «quid» che sta alla radice della concezione del popolo. Esso è accettato come un dato: un principio, un'energia, un qualche cosa di molto simile alla vita — anch'essa principio o energia — perchè per la sua virtù il popolo vive, è e risulta comprensibile. Più chiaro — perchè di ordine prettamente materiale — è il concetto fornito dai puri teorici della razza ed espresso nel noto termine *Rassenseele*. Comunque, è sempre quell'*a priori* di Spirito e materia insieme (che fa un po' pensare all'elettrone, materia ed energia a un tempo) a permettere al popolo di essere — che è divenire — di integrarsi *anche* per mezzo del diritto, ma soprattutto attraverso il fenomeno politico.

In proposito va rilevato che due sono le maniere di intendere la determinazione politico-giuridica del popolo: o come fenomeno politico volontario e cosciente (il che conduce a riconsiderare il diritto come pura forma, che non può tuttavia essere separata dal contenuto), o come decisione totalitaria, politico-giuridica, per cui diritto e politica integralmente coincidono. Nei due casi, però, si ha in comune

il rigetto di qualunque concezione pura e astratta del diritto come fenomeno esclusivamente formale e il suo conseguente adagiamento su un piano etico-politico concreto.

Il diritto — si dice — non è una tecnica normativistica, non è sistema di sillogismi astratti; è un prodotto del popolo, utile al popolo. Conseguentemente non è e non può essere un complesso di istituti formali, ma è un organismo unitario di istituti concreti necessari per il raggiungimento dei fini della comunità. Secondo lo Schmitt l'ordinamento giuridico è una istituzione, non però alla maniera del Romano o dell'Hauriou, perchè è concreta, politica, risultato di un atto di decisione avvenuto nei limiti dell'ordine concreto di vita del popolo. Per lo Jerusalem il diritto è un atto collettivo del popolo, per il quale questo si determina in conformità del proprio Spirito, ed è per il Larenz un *Sein-Sollen* in cui si perpetua la volontà generale.

Ora, che il diritto vada ricondotto su di un piano etico pratico per essere inteso come istituzione umana, popolare (in largo senso) necessaria al conseguimento di determinati fini propri (obbiettivamente) della collettività per cui vige, evidentemente, non solo va al di là della *Romantik,* ma contiene un vero e proprio programma, con un vero e proprio ideale di giustizia che, in fondo, vuol vedere il diritto aderire al popolo. Il diritto deve essere adatto al popolo per cui è creato: questa è la sostanza etico-politica della dottrina nazionalsocialista e il contributo che essa apporta ad una considerazione ideale, quindi extragiuridica ed extrascientifica, del diritto.

Si deve, infatti, riconoscere che gli elementi giuridici, secondo questa valutazione funzionale astratta (ideale), non sono delle grandezze suscettibili di essere tra loro comunque composte; non sono cioè come fregi o note musicali con cui costruire un numero infinito di ornati o di motivi a seconda degli impulsi della fantasia. Nella produzione e nella combinazione delle entità giuridiche è sempre insito un fine da raggiungere. Ciò però solo secondo una considerazione del diritto che abbia riguardo specialmente del rapporto tra questo e il fine che si è proposto, del diritto cioè come mezzo a scopo; perchè, se quel rapporto si trascura per valutare il diritto in sè e per

sè, staticamente (dal che non è assolutamente possibile prescindere), si dovrà dare una nozione assoluta, logica, generale nella quale il diritto si presenterà proprio come categoria formale, applicabile a qualunque contenuto materiale, per cui diviene esso capace di evoluzione e di estensione. Si avrà, insomma, una nozione funzionalistica del diritto che non esaurisce una scienza del diritto e che, anzi, appena, si può dire, la sfiora. Essa praticamente apparterrà al filosofo, al politico e, anche, al moralista e all'economista, i quali però non possono così che guardare il diritto dall'esterno di ogni apprezzamento giuridico, in un atteggiamento esclusivamente critico; cioè, più che al diritto, guardando alla giustizia.

Analoga posizione assumerà il legislatore che, vagliando in modo assai più complesso il fenomeno giuridico, non potrà ometterne la considerazione funzionale e finale. Il legislatore, adunque, nel produrre il diritto e il critico nel valutarlo, si muovono secondo «giustizia»: secondo la «loro giustizia». La quale — sia sentimento o giudizio — è sempre il concepimento del come dovrebbe essere la realtà giuridica per essere migliore. Ma il sentimento o la percezione o la valutazione della giustizia come perfezione giuridica non possono andare confusi nè col diritto come atteggiamento giuridico astratto che, invece, la giustizia presuppone, nè con la concreta finalità riposta in ogni ordinamento giuridico positivo.

Il diritto, anzi tutto, come concetto di «giuridicità», è un processo logico di valutazione di determinati fatti e comportamenti: processo originario, spirituale, precisamente etico, alla cui perfezione devono i filosofi dedicarsi anima e corpo. E' una categoria spirituale (innata o indotta, concetto o nome, non importa) che consente di identificare come giuridici certi fatti o, meglio, di attribuire a certi fatti la giuridicità. Da tale processo giuridico, astratto, generale di valutazione (per la quale una infinità di fenomeni può rivestirsi della forma giuridica: nel che il diritto positivo diviene estensibile all'infinito) va distinta la determinazione concreta del diritto che, a sua volta, conduce a un doppio processo di valutazione giuridica: quello ideale deontologico e quello positivo teleologico. Il primo

(del secondo sarà detto più oltre) costituisce ciò che dicesi giustizia (in senso ideale) la quale — sia detto per *incidens* — non crediamo sia alcunchè di naturale o metafisico, preesistente, ma pensiamo sia qualcosa di futuro, di perfettibile, di dinamico, la cui costante e progressiva realizzazione dipende da una serie di fattori: politici, etici, economici e, perfino, scientifici e tecnici. E', insomma, la giustizia l'aspetto giuridico del progredire umano.

E', dunque, la considerazione finalistica del diritto una caratteristica fondamentale della odierna dottrina tedesca, la quale peraltro — come già abbiamo osservato e come chiariremo — non inquadra tale valutazione in un ambito più vasto, esauriente, ma la presenta come onnicomprensiva, confondendola da un lato con la considerazione ontologica e, dall'altro, con la teleologica, finalistico-positiva.

68. La prima confusione dipende — come si può agevolmente comprendere — dal carattere romantico della dottrina. La formulazione dell'esistenza nel popolo di uno Spirito generale o di un ordine concreto converte, infatti, l'atteggiamento scientifico da ideale in reale. L'accoglimento di elementi aprioristici, più che mettere in risalto i fini ideali del diritto, ne fa considerare la natura, concependo quei fini in necessaria dipendenza dalla realtà; di guisa che il diritto non viene ad essere considerato popolare (*völkisch*) in base ad una pura concezione deontologica, ma in forza di una concezione logica e concreta del reale. Esso, cioè, deve essere tale non perchè «così vogliamo che sia» (*soll*), ma perchè, intendendolo come prodotto del popolo, sarebbe impossibile il contrario (*muss*).

E', però, un tal modo di intendere completo? Certo, se ci domandiamo che cosa, secondo la pur vasta dottrina tedesca attuale, il diritto sia, non si trova una risposta soddisfacente. Essa affiora talvolta ma sempre in modo implicito e tutt'altro che chiaro e non è mai definitiva e radicale. Quando si fa ricorso all'etica non si giunge a precisare che specie di fenomeno etico sia in sostanza il diritto e, quando di questo si dà, più concretamente, una nozione fenomenologica di determinazione e di attuazione popolare, non si riesce a defi-

nirlo logicamente di fronte agli altri fenomeni di decisione del popolo. Il diritto è *ciò* che il popolo produce *quando* vive o, secondo altri, *per* vivere in unità politica. In tal modo la sua nozione viene sostanzialmente appoggiata a quella di politica per la quale soltanto si cerca di trovare una categoria assoluta per sorreggere tutta la costruzione. Il diritto — sia legge o atto di giurisdizione o di esecuzione — è il modo, la forma di attuazione della volontà (politica) del popolo; si vuol risolvere così — come si vede nel Larenz — il dualismo dell'« essere » e del « dover essere ».

Tutto ciò, anche da un punto di vista scientifico, non è trascurabile, perchè — a ben riflettere — serve a mettere in evidenza, accanto a quello finale, un altro elemento del diritto spesso tenuto in disparte: l'elemento volontà. Il diritto è (anche) un fenomeno di volontà, non solo in quanto la sua fissazione positiva implica un atto di formulazione volitiva (ordine generale), ma anche perchè la sua stessa attuazione è riducibile o riferibile ad un atto di volontà. Ad esempio, la manifestazione di un'opinione o di un desiderio che, pur essendo senza dubbio atto *voluto* non è però anche atto *di volontà,* ad un atto di volontà già formato o in formazione si riferisce. Ma dire che il diritto è atto di volontà equivale a definirlo? Non ci sembra, perchè ciò non vale a distinguere le volontà giuridiche dalle non giuridiche nè ad attribuire la giuridicità agli innumerevoli fatti involontari. Esiste, dunque, al di sopra di questo elemento causale, come al di sopra dell'elemento finale, una categoria assoluta atta a qualificare tanto i fenomeni materiali quanto le entità spirituali. Esiste cioè un terzo elemento — che non interessa, almeno qui, vedere se sia concetto reale, idea, nome, o altro — che spiega il perchè un fine, un fatto, una volontà sono giuridici e che, in ogni caso, offre una nozione diretta del diritto senza aver bisogno di ricorrere a dati aprioristici e metafisici. Questa nozione va ricercata in un atteggiamento immediato dello Spirito. Gli elementi fenomenologico e teleologico, quindi, dovranno intervenire e soccorrere soltanto quando già si abbia chiara la nozione del diritto, perchè diversamente si genera una iniziale confusione tra alcune scienze che è di ostacolo al loro normale sviluppo.

Perchè, allora, ripiegare sulla categaria politica per intendere il diritto, se questo ha e non può non avere una categoria tutta sua? Categoria etica che, però, va precisata e delimitata. Dire che il diritto è fenomeno etico ha, a nostro avviso, un significato alquanto diverso da quello voluto dal Binder e da altri scrittori. Esso — pensiamo — è un fenomeno etico in quanto esiste un atteggiamento etico dello Spirito che è, appunto, l'atteggiamento giuridico e che, perciò, qualifica certi fenomeni come giuridici. E', quindi, il diritto innanzitutto un fenomeno astratto di valutazione dei fatti, nel quale esiste, sì, un *a priori*, che, però, è spirituale, di percezione immediata e non metafisico. E questa ricerca logica del diritto è da tenere scientifiacamente distinta dalla valutazione deontologica, se non altro perchè la vera scienza del diritto, mentre la prima presuppone, non si serve affatto della seconda.

Dunque è esatto — ed è riconosciuto, specialmente in questi ultimi tempi, anche da quelle correnti che, a differenza della dottrina nazionalsocialista, non si volgono direttamente contro le formulazioni positiviste e puriste — che uno studio completo del diritto non possa essere circoscritto alla considerazione tecnico-formale delle norme. E' esatto cioè asserire che una valutazione normativa riguarda la legge, l'ordinamento positivo, ma che il « diritto » sta al di sopra del sistema delle norme positive e che esso è qualche cosa di diverso e di più (2); ma spostare lo studio dell'ordinamento giuridico da una sfera strettamente tecnica, formale, rigorosamente giuridica (nonostante l'inserzione dell'elemento teleologico, di cui sarà detto tra poco), ad un'altra naturale, ideale, metafisica è confondere ancor più la valutazione giuridica concreta formale (dei dommatici e degli interpreti) con quella astratta logica e deontologica (dei filosofi, dei critici, ecc.).

---

(2) L. Le Fur, *Les grandes problèmes du droit,* Paris 1937, pg. 75: « Le formalisme en droit est une nécessité — en droit positif bien entandu —, mais il devient une lourde erreur s'il pretend à l'exclusivité. L'homme ne peut réjeter l'idée d'un jugement de valeur en matière sociale ».

69. La seconda confusione fra gli aspetti funzionale ideale (deontologico) e funzionale concreto (teleologico) del diritto dipende dal negato riconoscimento di autonomia, soprattutto metodologica, alla scienza giuridica. Vediamo più particolarmente come.

Dal diritto quale categoria spirituale generale logica, sottoponibile ad una valutazione dinamica funzionale ideale, deve, infatti, essere tenuto separato il diritto come fenomeno storico concreto positivo. In altre parole: dal fenomeno generale di «produzione» giuridica si deve distinguere il «prodotto» giuridico, nel quale si sostanzia il c. d. diritto positivo (cioè le norme) e, con esso, ogni concreto fenomeno di natura giuridica (i contratti, le sentenze, ecc.). E come il «diritto» categoria generale è passibile di valutazione dinamica ideale che tenga conto della sua funzione, così il fenomeno giuridico concreto può sottostare ad una valutazione finalistica. Ma questa — che in genere va sotto il nome di «valutazione teleologica» e che chiaramente si delinea nell'attuale pensiero tedesco — deve essere rigorosamente distinta da quella deontologica più sopra esaminata. Il non far ciò provoca — come si è avuta occasione di notare nel corso della esposizione — una riprovevole confusione concettuale fra scienza giuridica, filosofia e politica con grave danno per la metodologia della prima.

In altri termini, la considerazione funzionale (teleologica) degli elementi giuridici positivi — delle cui utilità e possibilità sarà ora detto — è valutazione di finalità concrete, obbiettivamente preesistenti e non create dal critico o dall'interprete. In ogni entità giuridica concreta (norma, atto giuridico, sentenza, ecc.) è sempre insita una finalità da raggiungere che di per sè stessa è un'entità extragiuridica, la cui immissione nel diritto costituisce uno dei collegamenti fondamentali tra la forma giuridica e la sostanza sociale (politica, economia, ecc.). Considerazione questa che è in stretta connessione col noto e forse insoluto problema della «causa» degli atti giuridici in genere, la cui formulazione e la cui soluzione profondamente varieranno secondo che la «causa» riguardi la legge, la sentenza, l'atto privato, ecc. Per la legge, ad esempio, e per i regolamenti si tratterà essen-

zialmente di problema di interpretazione; per l'atto giuridico di conoscenza del valore della «causa» in senso tecnico giuridico; per la sentenza, infine, di investigazione della funzione del giudice, per stabilire se e entro quali limiti la connessione del diritto con la realtà modifichi la posizione del magistrato, specialmente nei riguardi della qualificazione giuridica delle fattispecie.

70. Rientra quindi in questa sfera — per fare un esempio classico — il valore del principio oggi accolto dall'ordinamento tedesco «nullum crimen sine poena».

Sull'argomento calzano opportune alcune osservazioni. Il principio anzidetto — che i positivisti chiamano dell'analogia nel diritto penale, perchè lo spiegano con la competenza del giudice a interpretare analogicamente le norme penali (3) — è dalla dottrina giuridica tedesca contemporanea spiegato, invece, in modo nettamente originale e aderente all'idea del diritto come prodotto immediato e totalitario dello Spirito del popolo o come ordine concreto immanente nel popolo. Il diritto, si dice — e in particolare il diritto penale — non è soltanto il positivo, cristallizzato nelle norme scritte e consuetudinarie, ma è manifestazione completa, assolutamente senza lacune. Il diritto scritto e la consuetudine sono manifestazioni ampie e fondamentali del diritto popolare, ma questo esiste e va ricercato anche al di fuori e oltre le leggi e le consuetudini e, precisamente, immediatamente nel popolo. Quando, adunque, il giudice si trova in cospetto di una fattispecie non è tenuto a qualificarla in base alle norme positive che possono non prevederla, ma può attingere al più ampio e perfetto diritto del popolo o come prodotto del *Volksgeist* o come *konkrete Ordnung*. Dunque, non interpretazione analogica nel significato di applicazione di principi generali o di norme disciplinanti casi simili — modo di spiegare tecnico-giuridico — ma individuazione diretta e immediata di norme mediante il riferimento al vero ordinamento giuridico popolare. Si esclude quindi dai più

(3) Cfr. utilmente G. Vassalli, *La Giurisprudenza penale germanica in materia di analogia* in «Rivista di Diritto penitenziario», n. 5, settembre-ottobre 1935-XV.

che il giudice sia investito anche di una funzione normativa, mentre altri lo affermano in base alla caduta del principio della divisione dei poteri e al concetto del diritto come atto di volontà diretto al costante perseguimento di uno scopo.

A nostro avviso tutto ciò trasforma forzatamente la concezione semplicemente teleologica del diritto in quella anche ontologica: fa del fine del diritto un concetto *ad hoc* di questo. Reputiamo, invece, che anche quì il valore teleologico del diritto — come valutazione del suo fine costante e, quindi, in particolare, della causa dei vari atti giuridici — debba essere posto in rilievo. Il diritto ha un fine — che si scompone, anzi, in una infinità di scopi — e tale fine si trova costantemente nelle singole produzioni giuridiche, quindi anche nella sentenza che non è meccanica applicazione della legge, ma atto di volontà giuridica diretta al perseguimento di una finalità dalla quale non può mai prescindere. Il giudice, quindi, non è soltanto (e quì ha ragione lo Schmitt) la «bocca che pronuncia la parola della legge», ma è una istituzione giuridica (organo, rappresentante, incaricato, non importa) titolare di una funzione essenzialmente finalistica: per modo che, di fronte a un determinato fatto, egli deve comportarsi così come il diritto stabilisce, affinchè questo possa, nella specie, raggiungere il suo fine; e, se il fatto non è contemplato dalle norme positive, può in lui determinarsi una decisione conforme all'ordinamento, derivata dalla conoscenza che egli ha dell'ordinamento stesso. Valutando, così, teleologicamente il diritto, si potrà considerare come reato un fatto non classificato tale, con la conseguente applicazione — e in questo interviene l'analogia — di pene già determinate. L'esistere, pertanto, in una legislazione penale del principio «nulla poena sine lege» o dell'altro «nullum crimen sine poena» comporta una diversa, più o meno vasta, attribuzione di capacità giuridica (competenza) al giudice nel percepire i singoli fini dell'ordinamento giuridico; ed è chiaro che il secondo principio risulterà più o meno rispondente a giustizia a seconda delle qualità morali, intellettive e culturali della magistratura giudicante. Lo Schmitt, infatti, osserva che, più che le leggi, si tratta di riformare gli uomini.

Non riteniamo, perciò, soddisfacente la giustificazione del principio data dalla dottrina tedesca con l'utilizzazione dei concetti di *Gemeingeist* o di *Konkrete Ordnung.* Ed, invero, come farebbe il giudice a conoscerli praticamente? Forse attraverso i discorsi ufficiali del *Führer,* le disposizioni del Partito o altro di equivalente; non sarebbe allora più semplice e più logico attribuire a tutto ciò il valore di legge o, comunque, di fonte del diritto, ovvero ancora far ricorso, come in tanti ordinamenti, ai principi generali?

Concludendo, il valore della concezione nazionalsocialista del diritto sta nell'avere criticato l'atteggiamento positivista, difeso la necessità di guardare al diritto (anche) da un punto di vista ideale e nell'avere messo in rilievo l'elemento teleologico nella metodologia giuridica. Ma — ripetiamo — tale valore può essere pieno e fecondo solo se si eliminano le confusioni a cui la tendenza romantica specialmente e anche la giovinezza del pensiero hanno, secondo noi, dato causa. Ove, viceversa, si sappia separare la metodologia filosofica (ontologica e deontologica) da quella tecnico-giuridica (soltanto formale per i dommatici, anche teleologica per gli interpreti e gli esegeti), si potranno realizzare risultati nuovi e soddisfacenti.

71. Importante solo teleologicamente è la dottrina che abbiamo esaminato anche nella interpretazione di alcune nuove istituzioni positive. Mentre cioè pensa di dirigersi al superamento totalitario di certi concetti fondamentali o alla introduzione di nuovi dogmi, in realtà ottiene il risultato puramente materiale di modificare il contenuto di talune istituzioni che però, come forme giuridiche generali, restano del tutto illese. Ne sono — si è visto — esempi classici la revisione del concetto di persona e la adozione di qualche nuovo principio come principio *giuridico,* tra cui quelli del *Führer.* della fedeltà del seguito, ecc.

Ora — è superfluo l'osservarlo — il concetto di persona come soggeto giuridico non è eliminabile perchè non è eliminabile — e quì è il contrasto con alcuni giuristi tedeschi — il concetto di rapporto giuridico. Concepire il diritto senza rapporti — di qualsiasi

natura — fra *soggetti* o fra *soggetti* e *oggetti* è come pensare ad una rete elettrica senza i fili; ammettere l'esistenza di rapporti senza soggetti è anche peggio: per proseguire il paragone è come immaginare i fili senza i pali che li sostengono. Non spetta a questo lavoro l'insistere sul concetto di persona; riconosciamo che esso possa formare materia di revisione da parte dei giuristi, ma riteniamo che ciò possa avvenire o dommaticamente, guardando al concetto come a una categoria astratta generale, o esegeticamente, come analisi di una istituzione positiva contenuta in un determinato ordinamento. Orbene, nell'un caso e nell'altro, si potrà conseguire una modificazione del concetto e non la sua eliminazione. Si potrà parlare di persona che è tale per diritto naturale o civile, per le sue capacità volitive o per la posizione che occupa in un determinato ambiente, per la titolarietà di diritti o di doveri e così via, ma rimarrà sempre l'elemento soggettivo, agente o *patiens,* libero o vincolato, in una serie più o meno vasta di rapporti giuridici. La persona sarà sempre una «pura entità giuridica», esattamente una «creazione del cervello» per la cui immediata intelligenza non sono affatto necessarie le valutazioni di vario genere della realtà a cui tale categoria si adatta e, anche meno, le ragioni della diversa attribuibilità o dell'attribuzione di essa. Per conseguenza, dire che in luogo di persona si deve parlare di *Rechtsgenosse* o di *Volksgenosse* significa enunciare una verità di valore meramente positivo (che cioè i soli compagni di stirpe sono completamente capaci) coronata da una particolare concezione organico-giusnaturalistica di nessuna rilevanza per la scienza del diritto, ove si eccettui la valutazione teleologica di questo, utile, come si è visto, alla interpretazione *delle norme.*

Nello stesso diritto romano, del resto, non risulta la personalità un attributo giuridico a una categoria giuridica formale di cui i soli liberi e i soli cittadini erano investiti in virtù di una disposizione positiva? Nè — come già ha osservato il Ranelletti (4) — il concetto di persona è frutto di un modo di intendere individualista; ciò perchè,

(4) O. RANELLETTI, *Prefazione* al volume *Gli Stati europei a partito politico unico,* Milano 1936, pg. 13.

essendo un concetto puramente giuridico, non tollera assolutamente qualificazioni extragiuridiche, ad esempio politiche. Una mentalità politica, individualista o collettivista, potrà influire unicamente sulla determnazione in concreto del contenuto della personalità in un dato sistema legislativo; ma al disopra di ciò il concetto di personalità resta integro. Se, quindi — ripetiamo — una sua revisione è possibile, essa è di carattere strettamente tecnico e non può essere apportata che sulle basi della critica degli elementi giuridici costitutivi.

72. Non dissimili sono le osservazioni intorno ai principi del *Führer,* della fedeltà, ecc. Gli autori sostengono, come si è visto, trattarsi di principi giuridici nuovi da sostituire ai vecchi o da inserire accanto ad essi. Tale asserzione — che può essere giusta — va precisata. Se per principio si intende criterio di regolamentazione positiva relativo alle pure forme giuridiche, certo si potrà parlare di un principio del *Führer* come sistema generale di organizzazione, con caratteri di piena discriminazione rispetto ad altri sistemi, riservando di meglio definire la natura e la posizione del Capo e del seguito sotto il profilo rigorosamente giuridico. Così il principio di fedeltà denuncerà un particolare e di certo nuovo vincolo giuridico di contenuto e con effetti specifici. E via di seguito. Ma, se per principio giuridico si tenta di intendere il processo politico di selezione della *Führung* in seno a una data *Gemeinschaft,* nonchè i rapporti di esclusivo valore etico, sentimentale, politico intercedenti tra *Führer* e *Gefolgschaft* e tra i membri di questa, si è in errore manifesto per il fatto che tutto ciò è assolutamente ultroneo alla sfera giuridica e costituisce una sostanza sociale che, se può essere utile al giurista nell'interpretare le entità giuridiche cui si riferisce, non può certo giovare o comunque influire sulla loro creazione.

73. Il valore essenzialmente politico, deontologico notato a proposito della nozione di diritto si ripete per il concetto di Stato.

Anche quì emerge costante l'elemento finalistico. Infatti, sia che lo Stato venga inteso come forma politica del popolo, o come ap-

parato a servizio di questo, o come il popolo stesso in unità politico-giuridica, sempre è espressa la necessità di aderenza dello Stato al popolo. Il quale — dicono alcuni autori — si deve costituire in una forma di Stato o deve contenere una struttura giuridica statale che rispecchino esattamente la sua struttura naturale; deve disporre — dicono altri — di un apparato statale che gli permetta di raggiungere i suoi fini politici e sociali.

Le due opinioni contengono, quindi, dello Stato un concetto essenzialmente deontologico; ma non precisano che cosa per Stato si intenda in senso assoluto; dicono cioè quello che lo Stato deve essere dal punto di vista nazionalsocialista, mentre, allorquando si vuol considerare lo Stato in senso assoluto, quale realtà coincidente o strettamente connessa col popolo, si muta la concezione deontologica in ontologica e si cade in una nozione ottimistica della costituzione. Questa considerano i trattatisti tedeschi un ordine concreto realizzato mediante la decisione politica, ovvero il prodotto dello Spirito generale: nei due casi essa sarà in ogni istante quella che maggiormente risponde al popolo, cioè la migliore possibile. Ciò, del resto, deriva da Hegel e indusse il Croce a sostenere che — almeno sotto il profilo storico politico — anche la tirannia è un sistema costituzionale giusto, per il solo fatto che il popolo lo sopporta.

Ma senza dubbio è questo un confondere il reale con l'ideale che scompone il processo dinamico, dialettico della storia in una serie successiva di attimi fermi secondo il noto sofisma della freccia. In tal modo di intendere è certo contenuta la verità lampante che per ogni reale — e quindi anche per ogni forma di Stato — si può fornire una spiegazione logica raggiungibile con la percezione di un complesso di elementi, storici, politici, economici, culturali, ecc. Senonchè tale spiegazione interessa esclusivamente la filosofia della storia e, nel caso, della storia dello Stato. Non si deve, pertanto, ritenere che nel pensiero nazionalsocialista il reale e l'ideale coincidano. Si vuole dire piuttosto che tutti i movimenti politici e sociali, anche rivoluzionari, tendono a quell'equilibrio, più o meno stabile, che risponde alla intima natura del popolo e che ripudia l'idea di rivolu-

zione permanente. Ciò però è espresso in una maniera piuttosto embrionale e imperfetta attraverso la visione organico-unitaria del popolo come di un tutto organico e inselezionabile. Ancora una volta, quindi, se si superasse l'elemento romantico fondamentale e se al popolo si guardasse più da vicino — diremmo al microscopio — si vedrebbe che esso, invece, è una realtà obbiettiva, impersonale, complessa, entro cui si determinano e si muovono una infinità di altre realtà minori — più o meno grandi — e la massa delle unità individuali. Esiste, in altri termini — come la concezione corporativa ha rivelato — una complessità di forze di ogni genere che vanno da quelle collegate con interessi individuali a quelle relative agli interessi di tutta la collettività, tra le quali — contrariamente alla concezione individualista e come i vasti e profondi movimenti sindacali hanno dimostrato — si dispone a scala una serie notevole di energie, in senso ampio, sociali.

Ora, se allo Spirito del popolo o all'ordine concreto, come principi fondamentali — che quanto meno sono metafisici, se non addirittura mistici — è surrogato il complesso di dette forze, miranti ad una composizione sempre migliore, a nostro parere si scorge il vero valore etico-deontologico della dottrina in esame. L'ideale per quanto concerne lo Stato, inteso appunto come assetto costituzionale, sarà precisamente di avere una struttura che permetta la valorizzazione delle energie esistenti nell'organismo popolare. Sarà cioè perfetta quella costituzione che consentirà la conciliazione armonica e totale dei vari e molteplici interessi (usiamo in largo significato questo termine economico), dall'individuale allo statale, attraverso un gruppo più o meno vasto di interessi collettivi. In questo senso si deve dire che lo Stato deve aderire al popolo e — ripetiamo — riconoscere che la dottrina, presa nel motivo fondamentale deontologico e sfrondata di ogni elemento aprioristico-metafisico, ha valore.

74. Ai fini della scienza giuridica dello Stato, manca di questo un concetto completo e chiaro. Si deve, anzi, aggiungere che nella letteratura tedesca contemporanea manca una nozione assoluta di Stato anche ai fini di una scienza generale di esso. Infatti, il

concetto dello Stato nazionalsocialista si risolve — come si è visto — nella descrizione del *come* lo Stato — (e qui dovrebbe già esserne posseduto il concetto assoluto e generale) *è o dovrebbe essere* secondo la *Weltanschauung*.

I trattatisti in genere si riferiscono allo Stato come costruzione concreta, in atto, del popolo e come forma politica di questo; il che — pur essendo per un aspetto esatto — è per lo meno insufficiente, giacchè non offre il mezzo di identificare tale forma che alcuni risolvono semplicemente in un fenomeno di autocoscienza popolare, altri in un fenomeno di convincimento giuridico (*Rechtsüberzeugung*) e altri, meccanicizzando il concetto di Stato, eliminano.

Per quanto attiene in particolare alla scienza giuridica, la dottrina è in fondo polarizzata nella disputa intorno a poche questioni fondamentali: la personalità giuridica dello Stato, l'accettabilità o meno della formula «Stato di diritto» ed il rapporto giuridico tra Stato e Partito.

Quanto alla prima (delle altre due tralasciamo ogni critica conclusiva), o si contesta che questo sia un fenomeno giuridico astratto di personificazione (senza dare, tuttavia, serie ragioni logiche oltre che pratiche e contingenti della sua spersonalizzazione); o se ne riconosce la personalità nel senso giuridico, volendo però dimostrare — senza nulla risolvere — che alla persona giuridica aderisce una reale, un organismo concreto. E' ovvio rilevare che la eliminazione *sic et simpliciter* dal campo strettamente giuridico della personalità dello Stato — senza sostituirla con concetti atti a spiegare una serie di fenomeni (fondamentale tra tutti l'attribuzione allo Stato di atti di uomini) — non può assolutamente essere sostenuta. Ridurre, infatti, lo Stato ad una macchina non è che spostare il problema o fare questione di termini. Con la parola Stato si indica l'apparato burocratico-amministrativo... dello Stato del quale si tace o che, meglio, si designa con la parola popolo. Ma, allora — ci par lecito domandare — che cosa è il popolo dal punto di vista giuridico costituzionale? I concetti di razza, di Nazione, di organismo, di *Volksgeist*, senza dubbio, non sono idonei per formulare una risposta.

Più esatta, forse perchè generale, è la nozione di Stato come costituzione, come assetto politico-giuridico del popolo (Huber e Schmitt). Ma anche questa è una definizione che — se vale ad esprimere una primissima idea dello Stato — non ne fissa il significato giuridico perchè non precisa che cosa esso sia come entità giuridica nè che ruolo abbia nell'ordinamento.

In una parola, l'errore fondamentale di tutti gli autori consiste nel voler dare un concetto totalitario (filosofico-politico-giuridico) buono per tutti gli usi. La lotta serrata contro le scuole positive e puriste fa dimenticare delle verità che sono al di sopra di queste stesse scuole. E l'errore è tanto più grave per i giuristi i quali, anche volendo rivolgersi ad un modo di intendere concreto, teleologico, ecc., non dovrebbero mai dimenticare che la disciplina giuridica è una «scienza» e che, come tale, deve costruire su proprie categorie, creando concetti unilaterali (di natura cioè rigorosamente giuridica), distinti, anche se ad essi collegati, da quelli posseduti da altre discipline sulla medesima realtà.

Per lo Stato deve accadere come per l'uomo. Se — volendo dare di questo una nozione assoluta — si dicesse che è un soggetto giuridico o un soggetto economico o altro di specifico, certo si peccherebbe di imprecisione. Ma, se l'uomo si vuol definire specialmente sotto il profilo giuridico, evidentemente esatta, perchè esauriente, è la sua definizione unilaterale di entità giuridica e, precisamente, di persona. Che, dunque, i filosofi e i politici e anche i giuristi (introduttivamente) si dedichino ad una comprensione totalitaria del fenomeno statale è certo utile e forse anche necessario; ma che tale comprensione si voglia trasferire integralmente nel campo specifico di una scienza specifica, facendo lo sforzo di adattarvela dall'esterno, non solo è errato, ma è addirittura banale. La scienza giuridica — alla pari di qualsiasi altra scienza — non può che elaborare e costruire i propri concetti dall'interno, mediante un atteggiamento diretto dello Spirito e una capacità valutativa particolare di cui si deve avere la piena sensibilità se si vogliono evitare le deviazioni e le imprecisioni. Che poi al giurista torni utile, se non indispensabile, la conoscenza di talune realtà

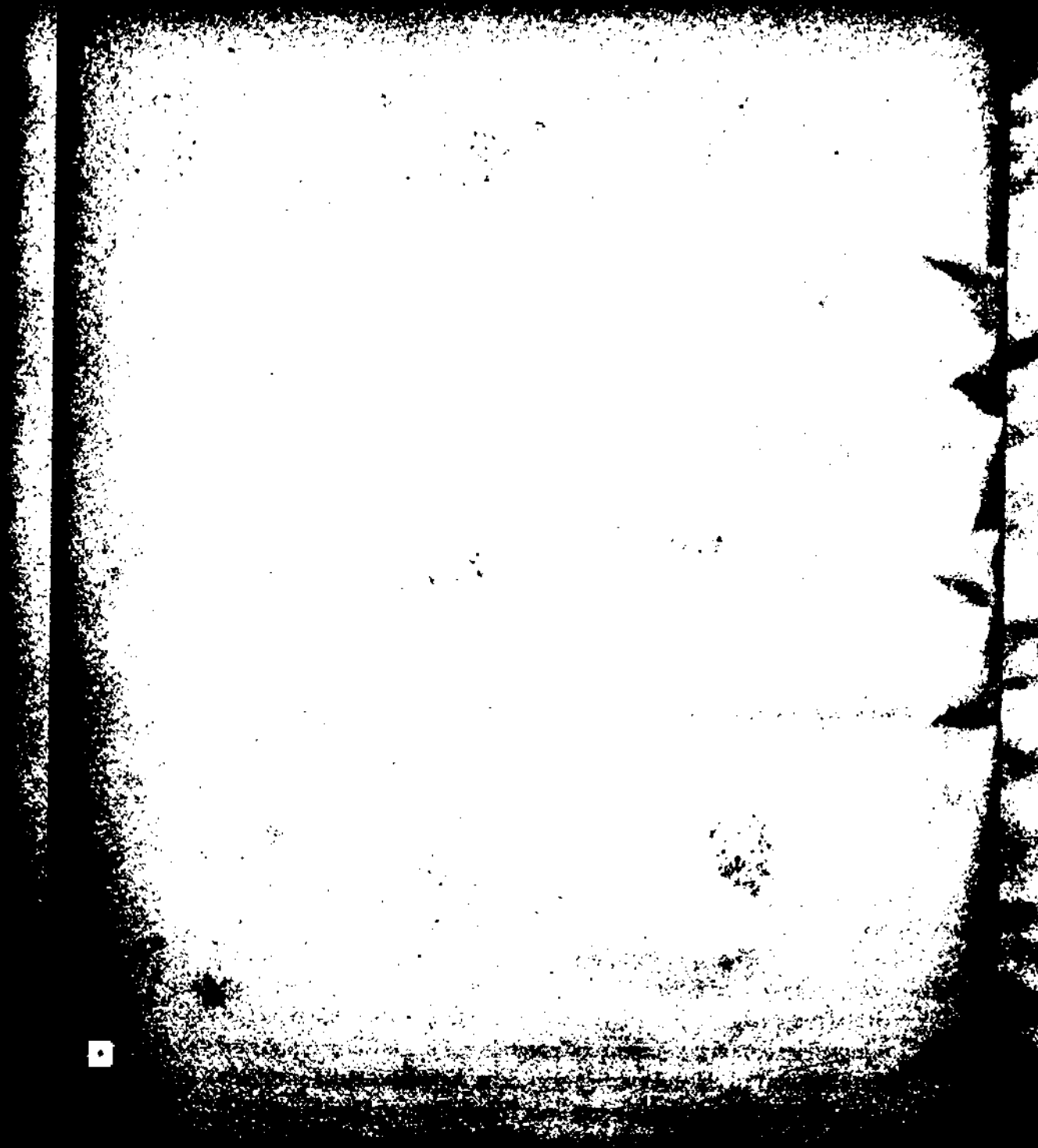
extragiuridiche (sociali, politiche, filosofiche, economiche e anche scientifiche o tecniche) è altra questione: tutto ciò attiene al solo momento interpretativo dell'ordinamento positivo, in cui — come è occorso di dire — la valutazione teleologica è opportuna e assai spesso indispensabile.

Per eguali ragioni, inerenti al metodo, non troppo esatta è anche la concezione del Koellreutter per quanto delle altre più soddisfacente. Non si riesce, infatti, a comprendere il significato giuridico di tutto il sostrato politico-sociale riassunto nella equazione *Volksgemeinschaft = Führung + Gefolgschaft*, dal momento che, poi, tale equazione si è costretti a tradurre in termini giuridici. Per «concretizzare» lo Stato alla maniera del Gierke? Il tentativo è indubbiamente sterile, perchè, per quanto si voglia concretizzare lo Stato in una comprensione politica e filosofica, esso, come concetto giuridico, rimarrà assolutamente immateriale per continuare ad essere una pura costruzione del raziocinio tecnico-formale dei giuristi. Così, il rilevare che il *Reichskanzeler* è anche *Führer* del Partito non può interessare il diritto costituzionale che in ordine ai rapporti legali fra Stato e Partito, inteso questo — come lo stesso Koellreutter e il Merk fanno — quale istituzione (organo, persona o altro) dello Stato entità di ogni altra comprensiva.

La scuola del Koellreutter, tuttavia, non apre nella scienza del diritto costituzionale e del diritto pubblico generale quei vuoti che non possono essere evitati dalle teoriche dell'Höhn e degli stessi prammatisti. Per accennare appena alla maggiore difficoltà che questi giuristi incontrano, notiamo che la considerazione della riferibilità giuridica degli atti del *Führer* e dei funzionari ad essi medesimi ostacola enormemente la costruzione di una dommatica chiara ed esauriente intorno ai vizi degli atti amministrativi e costituzionali e, di conseguenza, in ordine al sindacato giurisdizionale.

Tralasciamo gli atti amministrativi i quali — per essere i funzionari considerati «servitori» (*Diener*) del *Führer* — sono ancora passibili di una valutazione sulla legittimità e sul merito, avendo come termine di paragone la volontà del Capo, salvo la complica-

zione provocata dalla introduzione della concezione romantica del diritto, secondo cui le leggi, come atti formali del *Führer,* sono solo una parte dell'ordinamento vigente in ogni istante nel popolo. Ma, come valutare gli atti del *Reichskanzeler,* anche semplicemente dal punto di vista della legittimità sostanziale (es. per un eventuale sviamento di potere), se manca quel termine di paragone giuridico che, viceversa, in un organo o, magari, in un rappresentante si riscontra? Arduo è il rispondere, a meno che non si consideri la sua posizione giuridica come di un commissionario *sui generis,* vale a dire di un soggetto che agisce in nome proprio ma per un altro soggetto. Ma, allora, tornerebbe il popolo ad essere persona giuridica o, comunque, risorgerebbe il problema di una volontà giuridica collettiva, di un mandato, ecc.; il che — è inutile dirlo — oscurerebbe ancora di più la materia.

Se, poi, si rinuncia — come fanno in sostanza i giuristi tedeschi — al vaglio giuridico di alcune posizioni e funzioni che sono all'apice della costituzione, per porre a base dell'edificio scientifico una specie di *Verbindung* sentimentale, etica o politica, tra il Capo e il suo seguito, il problema del sindacato di legittimità sostanziale sulle fonti supreme è, nella scienza giuridica, più che risolto, eliminato. Ma in tutto ciò si deve riscontrare un difetto? Indubbiamente, sotto il profilo giuridico obbiettivo: ma esso trova una facile spiegazione non soltanto all'interno del modo di pensare nazionalsocialista — per il quale, s'è visto, la fusione tra etica, politicità e diritto è aprioristica ed inconfutabile — ma anche al di fuori di esso e indipendentemente da alcun sistema. La giustificazione può essere d'ordine psicologico ed umano: considerando infatti che l'individuo, anche se nella sua vita quotidiana svolge attività distinte, è in fondo uno ed inscindibile, si comprende come ci possa essere un punto in cui il giurista non può non sentirsi spinto ad abbandonare i rigori della razionalità della sua disciplina per partecipare, come uomo, alla fede politica del suo Paese.

INDICE ALFABETICO PER MATERIA

(i numeri si riferiscono alle pagine)